

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
CLAUSE COMPROMISSOIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mercredi 14 Décembre 1910, à 1 h. 1/2

PAR

LOUIS FAVIER

Président : M. THALLER.

Suffragants { MM. PIÉDELIÈVRE, professeur
 TISSIER, professeur

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
CLAUSE COMPROMISSOIRE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

sera soutenu le Mercredi 14 Décembre 1910, à 1 h. 1/2

PAR

LOUIS FAVIER



Président : M. THALLER.

Suffragants { MM. PIÉDELIÈVRE, *professeur*
 TISSIER, *professeur*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1910



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DE LA CLAUSE COMPROMISSOIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

L'arbitrage est le jugement d'un litige par des particuliers choisis à cet effet par les parties contes-
tantes elles-mêmes. Ce fut la première forme de la
justice. L'Arbitrage précéda la création des juridis-
tions publiques, leur servit de modèle et d'exemple
dans leur formation, de contrepoids à leurs abus et à
leurs imperfections dans leur long apprentissage de
l'idée d'une justice impartiale, égale et la même pour
tous ceux qui y recourent ; et il demeure encore au-
près d'elles, aujourd'hui où fortement organisées,
ces juridictions ont acquis dans la plupart des so-
ciétés modernes une autorité incontestée. D'autre
part, son importance est de tout premier ordre, de-
puis plus d'un demi-siècle, dans cette autre société
spéciale que forment, entre elles, les différentes na-

tions de l'univers. Les progrès constants de la civilisation en rendant de jour en jour plus évidente la nécessité de régler pacifiquement toutes les relations internationales, et les conflits auxquels elles donnent lieu, ont fait de l'Arbitrage la grande et la seule juridiction des Etats entre eux.

En quelque matière et en quelque temps qu'il se présente, en droit privé ancien ou moderne, ou en droit international, l'arbitrage apparaît essentiellement comme une véritable justice privée instituée par les intéressés eux-mêmes pour régler leurs différends. Le mot arbitre n'implique pas seulement un juge choisi parmi des particuliers, mais encore choisi par les parties ; et l'on a discuté maintes fois dans quelle mesure son caractère de juge s'alliait à celui de mandataire. L'arbitrage dépend donc intimement dans son existence et sa constitution de l'acte des parties qui y sont soumises. C'est à cet acte (1) qu'on donne le nom de compromis.

Le compromis est tout à la fois le principe et la règle de l'arbitrage. Il en est toujours la condition nécessaire. « Par rapport à l'arbitrage », disait un jurisconsulte du commencement du XIX^e siècle « je compare le compromis à la pierre fondamentale d'un édifice » et vers le même temps le tribun Mallarmé observait « qu'un arbitrage doit nécessairement avoir

(1) DOMAT, *Lois civiles*, t. II, p. 266. Introduction du titre VII.

pour base un compromis ». Le compromis est la mesure de l'arbitrage : il confère aux juges leur pouvoir, détermine leur procédure, assure bien souvent l'exécution de leur décision. Son importance est d'autant plus grande que le droit de recourir à l'arbitrage est plus complet. Dans les sociétés qui s'organisent, où il n'y a que des ébauches imparfaites ou insuffisantes de lois et de tribunaux, le jugement des différends est abandonné à l'entière discrétion des parties. Elles ont toute liberté de donner à des tiers de leur choix le pouvoir de trancher tous les litiges qui les divisent, sans que leur liberté ne soit ni restreinte par l'obligation de faire juger ces litiges, ni limitée par la compétence fixe de juridictions spécialement constituées. En retour, il leur incombe de prendre toutes les dispositions utiles pour que la sentence de leurs juges présente toute la sagesse, l'impartialité et l'efficacité qu'exige toute bonne justice. Tel fut le rôle du compromis dans nos premières civilisations, quand les arbitres n'avaient d'autre autorité que celle que leur conféraient les parties, et qu'aucune disposition légale ne venait ni régler leur pouvoir, ni sanctionner leur sentence. Tel il est aujourd'hui dans les relations du droit international public et tel il serait sous une législation qui ne reconnaîtrait l'arbitrage ni pour l'admettre ni pour le proscrire. La plupart des législations modernes réglementent en réalité le compromis, assurent à défaut des parties le fonctionnement

régulier et normal de la justice arbitrale, et unanimement donnent à la décision rendue par les arbitres, conformément aux dispositions qu'elles leur imposent, la force d'un jugement. L'évolution qui a amené tous ces changements a été assez lente, et ce n'est qu'assez tard que pour assurer l'autorité nécessaire à la sentence arbitrale, les parties n'eurent plus besoin, pour arriver à une sanction légale, de faire entrer dans le compromis la promesse d'une peine pécuniaire applicable à celui qui se refuserait d'exécuter cette sentence.

Du fait de cette évolution, l'arbitrage a acquis une autorité incontestable, mais il y a perdu de son indépendance originelle pour devenir une sorte d'instance judiciaire, dans la constitution de laquelle, les parties n'ont plus guère à intervenir que pour en accepter le principe dans les limites où la loi l'autorise et y apporter les modifications que la loi leur permet. Le compromis a été ainsi le plus souvent réduit dans nos législations modernes à n'être plus que l'acte de nomination des arbitres.

Même sous cette forme restreinte, il n'en reste pas moins l'acte fondamental de l'arbitrage. L'arbitre a toujours ce caractère mixte de juge et de mandataire, qu'il doit à l'initiative des parties, et qu'il soit réglementé par elles ou par la loi, son pouvoir ne dépend en définitive que de la seule volonté des co-litigeants et n'a sa source que dans leur mutuel consentement.

Le compromis est ainsi un accord qu'en vue de régler leurs conflits, les parties contestantes forment sur les différents éléments d'une juridiction, à laquelle le caractère privé de ses titulaires a fait donner le nom d'arbitrage.

L'origine contractuelle de l'arbitrage semblerait par elle-même exclure de sa constitution toute idée d'obligation ; les parties qui s'entendent pour désigner des arbitres, ne se soumettent à eux que parce que telle est leur commune volonté. Le compromis ne se conçoit bien que librement formé. C'est ce qu'on exprime en qualifiant l'arbitrage de volontaire, et c'est dans ce sens qu'on définit presque toujours le compromis « une convention par laquelle les parties soumettent une cause à des arbitres ».

Il peut arriver cependant et il arrive que la constitution de l'arbitrage s'impose aux parties, soit qu'elle soit nécessitée en droit privé par une disposition légale, soit que les parties se soient engagées d'avance à régler certains différends par l'arbitrage ; on dit dans le premier cas que l'arbitrage est forcé ; et dans le second on appelle convention ou clause compromissoire la convention générale par laquelle les parties se sont soumises préalablement à des arbitres. Le mot de clause, qui est le plus usuel, lui vient de ce que, le plus habituellement, cette convention est adjointe à un contrat pour trancher les différends qu'il pourrait produire.

Dans l'un et l'autre cas, la constitution de l'arbitrage est subordonnée à l'existence d'un litige. Elle n'est d'abord obligatoire en matière d'arbitrage forcé que sous cette condition ; et on ne conçoit guère, d'autre part, qu'elle puisse être déterminée d'avance, tant que la nature du litige n'est pas connue et que son existence même est incertaine. Il faut remarquer en effet que le choix des arbitres et les règles de leur pouvoir dépendent intimement de l'objet des conflits à résoudre, qu'ils sont à la merci de fluctuations multiples tenant soit à la situation des arbitres, soit à la confiance qu'ils inspirent, et qu'il est par conséquent très difficile d'organiser un arbitrage pour régler des différends qui ne se sont pas encore produits et ne se produiront peut-être jamais. Le compromis sur contestations futures est donc sinon impossible, du moins très rare ; mais il sera toujours facile, en vue de conflits futurs à trancher, de rendre le compromis obligatoire tout en le soumettant à l'existence même de ces conflits. C'est l'objet de la disposition légale établissant l'arbitrage forcé ; c'est celui du mutuel consentement des parties dans la conception de la clause compromissoire.

Jusqu'à quel point l'obligation de passer un contrat peut-elle s'imposer ainsi aux parties ? et par quels moyens peut-on arriver à la sanctionner ? Telle est la principale et pour ainsi dire l'unique question qui se pose.

Nous n'avons pas à la résoudre en ce qui concerne l'arbitrage forcé, la loi qui impose le compromis en justifie par là même l'existence et la nécessité, et en assure la formation, en y suppléant au besoin par le moyen de ses tribunaux. L'arbitrage forcé est moins un arbitrage qu'une véritable juridiction légale. Nous n'en ferons point une étude particulière parce qu'une pareille institution, d'ailleurs très rare, et presque exclusivement connue dans la seule législation française n'a plus rien de la liberté initiale de l'arbitrage et ne rentre qu'indirectement dans notre sujet. Il n'en est pas moins vrai que la comparaison s'imposait dès maintenant entre les effets de la disposition légale établissant l'arbitrage forcé et ceux de la clause compromissoire, et peut-être, serons-nous amenés à revenir à l'arbitrage forcé, au moins en droit français où il a tenu longtemps une place importante et où il a nécessairement eu une influence marquée sur les règles de l'arbitrage volontaire.

Nous n'avons donc à nous occuper ici que du compromis rendu obligatoire par l'accord des parties et de la convention préalable qui en établit la nécessité. Dans quelle mesure les parties peuvent-elles s'engager à contracter dans l'avenir, à compromettre sur des litiges non encore formés ? Comment le contractant qui se refuserait d'exécuter son engagement pourrait-il être contraint de compromettre ? C'est à cela que se réduit, semble-t-il, toute la théorie de la clause

compromissoire. La réponse à ces deux questions variera forcément suivant l'état social et la situation de l'arbitrage dans la civilisation.

Dans une société où il n'y a ni lois ni tribunaux. comme dans la société internationale, il est certain que les parties ont toute liberté pour passer tous les contrats qui leur plaisent et prendre tous les engagements qu'elles jugent utiles ; mais à l'inverse, elles ne sont tenues d'exécuter leurs promesses que par une sorte de force morale qui les y incite sans jamais les obliger. Le compromis est entièrement libre ; la clause compromissoire ne l'est pas moins. L'importance qu'a pris l'arbitrage dans le droit international public, depuis le siècle dernier, fera nous y arrêter un peu ; mais c'est surtout dans le droit privé que nous nous réservons d'étudier la question de la clause compromissoire.

Elle s'y présente avec un intérêt tout particulier. Elle touche tout à la fois au principe de liberté des conventions, à la notion d'ordre public à laquelle toute atteinte permet au législateur d'intervenir dans les contrats pour leur refuser toute sanction légale, à la nature même de l'arbitrage et à son caractère dérogatoire des juridictions publiques. Elle remet ainsi en discussion les principes mêmes qui forment la base de l'organisation législative et judiciaire. De plus, ajoutait Molinier : « La question de la validité ou de la nullité de la clause compromissoire..... amène

l'examen de la divisibilité ou de l'indivisibilité des diverses parties des traités ; car en brisant un acte pour ce qui concerne la soumission à l'arbitrage, et en le maintenant pour le surplus, on peut s'exposer à enlever aux parties le bénéfice d'une convention qui a été une des causes déterminantes de leur consentement ». Les règles qui régissent en droit privé la clause compromissoire dépendent donc intimement de la faveur dont jouit l'arbitrage. Cette faveur est nécessairement subordonnée au rôle que les diverses législations font à l'arbitrage, et diffère ainsi suivant leur esprit.

Nous étudierons successivement à ce point de vue les législations les plus distinctes, en nous attachant exclusivement à celles dont l'originalité a su grouper autour d'elles toutes les autres. Après avoir fait un rapide exposé de la question en droit international public, nous la traiterons en droit français, avec son corollaire indispensable le droit belge ; puis en droit germanique et en droit anglais. Nous verrons que partout elle présente en matière commerciale une importance particulière. Nous tâcherons dans notre conclusion de discerner quelle est et quelle doit être la situation du contrat d'arbitrage dans nos législations modernes.

PREMIÈRE PARTIE

La clause compromissoire dans l'Arbitrage International.

L'introduction de l'arbitrage dans les relations internationales n'est plus à justifier.

La guerre est un fléau qu'on n'aura jamais assez de moyens de combattre et d'éviter. Par la dépopulation, les massacres, le pillage, les dégâts de toutes sortes dont elle fait son cortège, les instincts brutaux qu'elle déchaîne, elle conduit fatalement les peuples qui en sont victimes, à la ruine, à l'insécurité politique et sociale, quelquefois au despotisme et toujours à un recul souvent considérable dans la voie de la civilisation et du progrès.

Quelques politiciens et certains philosophes ont sans doute cherché à en expliquer la nécessité. Les uns ont voulu voir dans la guerre un châtiment divin (1) ; d'autres en ont fait un moyen de perfectionnement qui empêche la stagnation de l'humanité,

(1) J. DE MAISTRE, *Soirées de Saint-Petersbourg*. 7^e entretien.

la renouvelle (1) et développe de nobles vertus (2) ; le courage, le renoncement, la fidélité, l'esprit de sacrifice. Aucun n'a pu en faire disparaître l'immoralité actuelle et l'inutilité finale (3).

L'emploi de la force à la solution des différends est disproportionné à la nature des conflits, qui n'ont pour la plupart leur origine que dans la sottise de quelque politicien ou dans l'ambition d'un homme d'Etat. Elle n'est conforme ni à la justice (4) ni à l'équité. La force n'est pas toujours du côté du droit. Elle le protège quelquefois, le plus souvent elle l'opprime et jamais ne le prouve. Chaque adversaire cherche à l'avoir pour lui ; indice qu'aucun n'est bien sûr de le posséder (5), mais que tous en reconnaissent la supériorité et la valeur prépondérante. La procédure par la force est absolument contraire à tous les principes de morale et de justice. Nul ne peut se rendre justice à soi-même, être à la fois juge et partie dans sa propre cause. La recherche de la vérité n'est possible que dans une indépendance complète d'esprit ; elle implique un désintéressement

(1) DE MOLTKE, lettre à Bluntschli du 11 déc. 1880. *Revue de droit international*, 1881, p. 80. DE VOGUE, *Archives diplomatiques*, 1891.

(2) MALTHUS, *Essai sur le principe de population*, III, ch. 1

(3) DUDLUIY-FIELD, *Projet d'un code international*. MOLINARI, *Grandeur et décadence de la guerre*.

(4) PRADIER-FODÉRE, *Revue de droit international*, 1872, p. 550.

(5) CALVO, *Droit international théorique et pratique*, 4^e éd., III.

absolu que les parties en désaccord doivent quérir en dehors d'elles quand elles n'en sont point elles-mêmes susceptibles.

Il n'y a d'ailleurs aucune déchéance à se soumettre ainsi au jugement de personnes étrangères, dont l'impartialité vous est assurée à la fois par votre confiance, par la crainte de se créer des inimitiés, et le désir de mener à bien la mission d'honneur qui leur est dévolue.

La souveraineté des États ne peut subir aucune atteinte d'une sentence rendue dans de telles conditions. Est-elle défavorable à leur cause ? Il n'y a aucun déshonneur pour eux à s'y soumettre ; c'est un hommage à la vérité quand elle est juste ; la honte en est pour ceux qui l'ont rendue, quand elle est injuste. Et de toutes façons le conflit est terminé sans laisser subsister après lui de ces haines et de ces inimitiés, qu'une guerre, loin de supprimer, aggrave ou suscite.

Une question n'est définitivement résolue que quand elle est réglée d'une façon considérée comme juste par les adversaires en présence (1). Autrement elle engendre la méfiance réciproque, conduit à ces armements formidables qui consomment la plus grande et la plus belle partie du patrimoine des nations, énerve par le perpétuel cauchemar d'une conflagra-

(1) Novicow, *La guerre et ses prétendus bienfaits*, p. 29.

tion, paralyse les efforts, aboutit aux banqueroutes et à la ruine, arrête la civilisation. La guerre est une survivance des instincts primitifs et des passions brutales, que la raison et le progrès sont unanimes à condamner.

Une aspiration certaine et profonde attire l'humanité vers la paix. Les philosophes de tous les temps en ont fait l'objet le plus cher de leurs vœux (1). De grands hommes d'Etat (2), des savants, des jurisconsultes (3), des écrivains de talent, ont tour à tour conçu de vastes projets pour assurer définitivement la paix du monde. Toutes ces conceptions, dont l'ampleur devait amener l'inanité ou la ruine, ne sont qu'une manifestation de cette tendance pacifique.

Les progrès considérables que la civilisation a réalisés depuis un siècle, ne pouvaient qu'en assurer le développement et le succès. Le grand essor des sciences, l'utilisation des procédés scientifiques à l'amélioration de la vie humaine, l'extension des voies de communication, en multipliant les rapports internationaux, ont mis les peuples dans un état de dépendance par le libre échange, ont créé entre eux une sorte de communauté spirituelle par la pénétra-

(1) KANT, *Essai philosophique sur la paix perpétuelle*. Bentham.

(2) Henri IV (*Economies royales de Sully*), Napoléon III, Nicolas II et la conférence générale de La Haye.

(3) GRATIUS, *Droit de la guerre et de la paix*.

tion mutuelle des idées et des sentiments, et les ont ainsi amenés à une espèce de fraternité par une meilleure connaissance d'eux-mêmes et de leurs besoins économiques et moraux. Les sciences sociales, d'autre part, ne pouvaient que servir à aviver ces instincts pacifiques.

L'expérience de l'histoire et les leçons de la science ont appris aux hommes les horreurs de la guerre et la vanité des conquêtes. L'avènement de la démocratie, en donnant une notion plus exacte de la responsabilité des monarques et de l'autorité des peuples, a su inspirer aux gouvernements la mesure et la prudence. Enfin le perfectionnement formidable des armements n'a pu que contribuer à rendre le spectre de la guerre plus odieux et plus redoutable. Des causes multiples et profondes ont ainsi conduit les temps modernes au culte de la paix ; le xix^e siècle et le commencement du xx^e ont été témoins d'un grand nombre de projets et de propositions tendant à en établir le principe immuable.

De tous les moyens qui s'offraient pour restreindre l'usage de la guerre, l'arbitrage était le seul moyen juridictionnel qui pouvait complètement s'appliquer à la solution des conflits entre Etats.

La société internationale n'est pas en effet soumise à une organisation stable. Il n'y a pas au-dessus des nations de pouvoir susceptible de régler leurs rela-

tions communes, de trancher leurs différends, de leur imposer son autorité.

Chaque société a le droit qui convient à son développement. En l'état actuel de la société internationale, les principes juridiques qui la gouvernent ne sont pas encore érigés en règles précises, indépendantes et obligatoires ; ils sont encore inséparables de leurs applications ; ils n'existent que par l'usage que l'on en fait.

Les Etats ne sont soumis à d'autres lois que celles qu'ils s'imposent par leurs conventions ; ils ne reconnaissent d'autres tribunaux pour trancher leurs différends que ceux qu'ils acceptent ou qu'ils s'entendent à établir. La volonté des parties est le fondement des relations juridiques entre Etats, le droit international ne connaît d'autre justice que l'arbitrage.

L'emploi de l'arbitrage au règlement des conflits internationaux est fort ancien. L'histoire de la civilisation grecque et latine dès l'antiquité (1) nous en offre quelques exemples, et d'autres nous apparaissent au Moyen Age dans certains traités passés par les républiques italiennes, les cantons suisses, les villes hanséatiques, et dans un accord conclu entre le roi de France et la Suisse (2). Ces exemples toute-

(1) HÉRODOTE, *Histoires*, VI, 42. THUCYDIDE, *Guerre du Péloponèse*, V, 79. TITE-LIVE, *Annales*, XXVI, 19.

(2) Traités : entre Gênes et Venise, 1238 ; entre Schwytz, Uri et

fois jusqu'à nos jours sont assez rares. Ils ne se trouvent guère que dans les rapports des petits Etats, cantons ou villes libres, adonnés au commerce ; et il ne s'en rencontre nulle trace dans les sociétés aux tendances guerrières et impérialistes.

L'instinct dominateur des Romains dans l'antiquité ; l'autorité absolue et despotique des rois dans les temps modernes, depuis la renaissance jusqu'à la révolution française, ne purent s'accommoder d'une procédure amiable où ils étaient obligés de se fier à l'intermédiaire de tiers, dont ils semblaient ainsi reconnaître la suprématie.

L'institution de l'arbitrage ne se développa vraiment avec une vigueur singulière que dans le cours du XIX^e siècle, sous l'impulsion des énormes progrès accomplis par la science et la civilisation ; « Aujourd'hui (disait-on il y a une trentaine d'années) le pouvoir des peuples s'affirme à côté de l'autorité des rois, ceux-ci consultent les besoins, les tendances, les désirs même de leurs peuples, et l'opinion publique devient la maîtresse des gouvernements et du monde. Or, l'opinion publique dirigée par les savants, les orateurs, les écrivains, attaque les préjugés, rapproche les peuples, et fait une plus grande part à la paix (1) ».

Unterwalden, 1291 ; entre François I^{er} et les Suisses, Fribourg, 1516 ; entre les villes hanséatiques 1210-1143.

(1) MORIZOT, *Arbitrage international*, Thèse. Paris, 1877.

L'arbitrage a pris depuis un siècle un essor considérable dans les relations des Etats entre eux. On en donne généralement la définition suivante : « L'Arbitrage international a pour objet le règlement des litiges entre Etats par des juges de leur choix, et sur les bases du respect du droit » (1).

Le jugement des litiges internationaux par l'arbitrage est d'ordinaire occasionnel ; il n'est stipulé et organisé le plus souvent par les Etats co-litigeants, qu'au moment même où, ayant entre eux un conflit qui les divise, ils ont épuisé tous les moyens de le régler amiablement. C'est sous cette forme simple qu'il s'est présenté tout d'abord, qu'il se rencontre à toutes les périodes de l'histoire, et qu'on le retrouve actuellement employé à la solution de nombreux différends.

Nous citerons seulement les principaux cas d'arbitrage occasionnel qui ont marqué le cours du siècle dernier ; l'arbitrage de l'Alabama, et celui des pêcheries de la mer de Behring (2).

Le premier se rapportait au point de savoir si, dans la guerre de sécession, l'Angleterre n'avait point manqué à ses devoirs de neutralité envers les Etats-Unis. Un compromis signé à Washington le 8 mai 1871, soumit la question à des arbitres. Leur

(1) Acte final de la conférence de La Haye, titre IV.

(2) *Revue général de droit international*, 1894.

sentence rendue après quelques difficultés de procédure le 14 septembre 1872, condamna l'Angleterre à une indemnité qui fut aussitôt payée.

Plus récent, l'arbitrage des pêcheries de la mer de Behring eut pour objet de savoir si les Etats-Unis avaient un droit exclusif sur la pêche des phoques dans la mer de Behring. Un tribunal de sept membres, nommés par compromis le 9 février 1892 par les Etats-Unis et l'Angleterre que cette question de propriété divisait, dénia tout droit exclusif aux Etats-Unis sur la mer de Behring.

Nous n'avons cité que ces deux cas d'arbitrage occasionnel entre beaucoup d'autres, nous les avons choisis surtout à raison de l'importance matérielle et morale des intérêts débattus. Nous ne nous étendrons pas davantage sur ce sujet; il nous suffit d'avoir constaté l'autorité incontestable que l'arbitrage a acquis ainsi depuis cent ans.

Sous cette forme occasionnelle l'arbitrage a rendu et rendra encore d'immenses services à la cause de la paix. Mais il est évident qu'il n'aura une réelle efficacité que s'il n'est pas seulement employé à résoudre quelques différends particuliers, mais s'applique et s'impose à la solution de tous les différends qui pourront surgir.

L'arbitrage occasionnel a l'inconvénient manifeste de ne se former qu'après la naissance des conflits. Il implique, de la part des parties qui s'y sou-

mettent, une sagesse, une bonne volonté réciproque que l'acuité de certains conflits peut souvent rendre bien difficile et qu'il est toujours à craindre de voir se dissiper avec les causes multiples qui peuvent aggraver un conflit resté longtemps irrésolu. « Il ne faut pas perdre de vue (dit M. Goldschmitt) que les grands conflits entre Etats ont rarement leur pleine intensité d'emblée ; qu'il existe en général des germes de peu d'importance dans l'origine, lesquels mûrissent et se développent graduellement, qu'il est donc très possible qu'une décision arbitrale intervenant en temps utile, empêche le différend de s'envenimer (1). »

Il serait donc de tous points désirable que l'arbitrage prenne les conflits à leur naissance, et que quand deux Etats en litige n'ont pu s'entendre à le résoudre eux-mêmes, le recours à des arbitres ne soit pas seulement laissé à la merci de leur accord, mais fonctionne de lui-même sans intervention de leur volonté, du fait même de l'existence d'un différend à trancher.

Le fonctionnement automatique de l'arbitrage est d'autant plus nécessaire en matière internationale, qu'il n'y a aucune autre juridiction dont l'autorité s'impose, quand les parties ne sont point d'accord pour se départager elles-mêmes ; en l'absence de

(1) *Revue de droit international*, 1874, 424.

dispositions légales d'ordre général, il ne peut être obtenu que par la convention des parties. Plusieurs Etats en vue de différends plus ou moins généralement prévus qu'ils pourraient avoir entre eux, s'entendent d'avance à recourir à l'arbitrage, le cas échéant. C'est à cette convention qu'on donne le nom de pacte ou clause compromissoire, et dans certains cas de traités d'arbitrage permanent.

Cette nouvelle forme de l'arbitrage est absolument régulière en droit international, où la volonté des parties est l'unique loi, et où, en l'absence de l'arbitrage, il n'y a aucune justice possible. « La volonté sérieuse et réfléchie de s'obliger ne peut jamais être mise en doute dans les conventions entre Etats (dit M. Goldschmitt) si elle restreint leur liberté, ce n'est point aux dépens de la juridiction ordinaire, mais au contraire pour suppléer au manque de juridiction (1). »

La conception de l'arbitrage permanent est pour ainsi dire entièrement moderne. Sans doute en trouve-t-on quelques exemples avant le xix^e siècle ; mais l'usage et la théorie des pactes compromissaires n'a reçu son entier développement qu'au cours du

(1) *Revue de droit international*, 1874, p. 430. GODEFROY, *Thèse*, Paris, 1905. « L'objection tirée de la coexistence d'une juridiction disparaît en droit international, puisque précisément la clause compromissoire a pour but de suppléer à l'absence de juridiction, par la création au moment du litige, d'une sorte de tribunal appelé à le trancher. »

siècle dernier. Un énorme mouvement de propagande et de préparation scientifique et législative s'est créé à cette époque pour favoriser l'extension de l'arbitrage permanent.

De nombreuses sociétés pacifiques (1) se sont fondées dans tous les pays, poursuivant de leurs vœux la généralisation des traités d'arbitrage. Elles se sont répandues partout, augmentant indéfiniment le nombre de leurs adeptes, multipliant leurs réunions, donnant à leurs idées la plus grande publicité.

Dans un congrès particulier tenu par l'une d'elles, la ligue internationale de la paix, dans sa session de Genève 1873, l'assemblée vota la résolution suivante : « L'assemblée déclare qu'en l'état présent de l'Europe, la voie de simples traités à intervenir entre deux ou plusieurs gouvernements, lui paraît l'un des moyens les plus efficaces pour introduire l'usage de l'arbitrage parmi les peuples (2). »

De semblables réunions et de pareilles motions auxquelles elles aboutissent, ne sont point rares aujourd'hui. Sous l'effort de tant d'initiatives, il s'est formé de vastes congrès internationaux (3),

(1) Il en existe un nombre considérable dans tous les pays.

(2) PRADIER FODÉRÉ, *Traité*, VI. V. encore Congrès de Gothenbourg du 17 août 1885, etc.

(3) Congrès de : Paris 1889, Londres 1890, Rome 1891, Berne 1892, Chicago 1893, Anvers 1894, Buda-Pesth 1896, Bruxelles 1898, Lisbonne 1898, etc...

qui réunissent périodiquement à leurs assises, les amis de la paix de tous les pays, proclamant hautement la nécessité de l'arbitrage, et en réclamant énergiquement l'extension.

La haute autorité que confère à ces assemblées leur caractère international en a fait des manifestations imposantes et donne à leur propagande une singulière vitalité. En se développant cette propagande prend en même temps un caractère plus scientifique. La fondation, dès 1873 (1), à Gand, d'un institut de droit international, pour favoriser les progrès du droit international et en fixer les principes généraux, bientôt suivie en 1875 de la création de l'association de droit international, société de vulgarisation, destinée à compléter l'œuvre de l'institut en faisant passer dans les masses les théories étudiées par lui, enfin les nombreuses recherches faites en ces matières par les sociétés savantes (2) de tous les pays n'ont pu que propager la faveur de l'arbitrage et en assurer le succès. Ce mouvement universel devait forcément gagner les gouvernements eux-mêmes et devenir une des préoccupations les plus vives des législateurs de toute nationalité.

De vastes conférences entre les membres des différents (3) parlements furent établies dès 1889 dans

(1) *Annuaire de l'Institut de droit international.*

(2) Académie des sciences morales et politiques, notamment.

(3) Conférences de : Paris 1889, Londres 1890, Rome 1891.

le but d'assurer des relations pacifiques entre les Etats par le moyen de traités d'arbitrage permanent. A une de ces conférences interparlementaires tenue à Bruxelles en 1896, l'assemblée exprima : « le ferme espoir, que les parlements et gouvernements européens continueront à s'efforcer de conclure des traités d'arbitrage entre eux et avec les Etats d'Amérique... et de voir ses membres saisir toutes les circonstances favorables pour promouvoir la conclusion de traités généraux d'arbitrage ».

De semblables motions furent présentées et acceptées dans le sein de la plupart des différents parlements eux-mêmes, aux Etats-Unis, en Angleterre, en Italie, aux Pays-Bas ; en Belgique, en Danemark, en France, en Roumanie, etc... (1) Nous ne citerons qu'une seule de ces motions à raison de la valeur scientifique de son auteur et de l'importance de ses résultats. C'est celle présentée par M. Mancini à la Chambre italienne le 24 novembre 1873.

« La Chambre exprime le vœu que le gouvernement du roi, dans ses relations étrangères, s'efforce de rendre l'arbitrage un moyen accepté et fréquent de résoudre, selon la justice, les controverses internationales dans les matières susceptibles d'arbitrage, qu'il propose lorsque l'occasion s'en présen-

Berne 1892, La Haye 1894, Bruxelles 1895, Buda-Pesth 1896, Bruxelles 1897.

(1) V. MERIGNHAC, *Traité de droit international*, p. 370 à 383.

tera, d'introduire dans les traités une clause portant que les difficultés sur l'interprétation et l'exécution de ceux-ci seraient déférées à des arbitres (1). »

Cette motion fut développée et complétée en juin 1890 dans la proposition suivante, présentée, discutée et acceptée par la Chambre et le Sénat italiens. « La Chambre invite le gouvernement à promouvoir par tous les moyens possibles, le principe souverainement civilisateur de la solution par voie d'arbitrage des différends internationaux, et à en poursuivre l'adoption soit par des traités permanents et généraux à cette unique fin, soit par des clauses insérées dans des traités spéciaux (2). »

Toutes ces propositions et toute cette propagande ont produit leurs effets. Le nombre des traités généraux d'arbitrage passés depuis un siècle est considérable. On divise généralement ces traités en 3 catégories.

1° On distingue d'abord ceux dans lesquels la convention d'arbitrage n'étant qu'une dépendance du traité lui-même, n'a pour objet de soumettre à l'arbitrage que les différends à naître de ce traité. C'est ce qu'on appelle une clause compromissoire, et on lui donne l'épithète de spéciale parce que l'obligation de compromettre est restreinte aux points spécialement déterminés par le traité et relatifs le plus

(1) *Revue de droit international*, 1874, p. 172 et suiv.

(2) *Almanach de la Paix*, 1891, p. 52.

souvent à son interprétation et à son application. Elle a été recommandée par M. Mancini ; la formule qu'il en a donnée est d'ordinaire celle de toutes les clauses du même genre. Elle est ainsi rédigée : « Les deux gouvernements contractants conviennent que toutes les controverses qui pourraient s'élever sur l'interprétation ou l'exécution du présent traité ou toutes les conséquences de sa violation, seront soumises, quand tous les moyens de la résoudre par un accord amiable seront épuisés, à la décision de commissions arbitrales, et que le résultat de cet arbitrage sera obligatoire pour les deux parties. Les membres de ces commissions seront choisis par les deux gouvernements d'un commun accord, à défaut de quoi, chacune des parties nommera son propre arbitre ou un nombre égal d'arbitres, et les arbitres ainsi nommés désigneront un surarbitre. La procédure arbitrale sera dans chaque cas déterminée par les parties contractantes ; à défaut de quoi, la commission d'arbitrage sera autorisée à la déterminer au préalable (1). »

Cette clause a été insérée, soit telle quelle, soit avec des modifications insignifiantes dans de nombreux traités, passés par l'Italie surtout, mais aussi par l'Angleterre, l'Espagne, la Norvège, les Etats-

(1) Traité de l'Italie avec divers pays : Grèce 1881, Belgique 1882, etc. V. Droit international codifié, art. 489. *Revue de droit international*, 1882, p. 435.

Unis, la France, les Etats de l'Amérique du sud et du centre, la plupart des petits Etats de l'Europe, Suisse, Monténégro, etc...

L'énumération de ces traités serait fastidieuse et nous entraînerait beaucoup trop loin, sans grand intérêt pour notre sujet; elle est très complète dans le recueil général des traités de M. de Martens, auquel nous renvoyons.

2° La clause compromissoire peut encore être générale, quand la convention d'arbitrage qui la constitue, adjointe à un traité, a pour objet de régler non seulement les différends qui pourraient naître de ce traité, mais tout ou partie de ceux qui pourraient se produire plus tard entre les Etats contractants. Elle n'est qu'une extension de la clause compromissoire spéciale, d'où lui vient son nom distinctif. Cette clause est assez fréquente, elle a été surtout employée par les Etats américains, soit entre eux, soit avec certains pays d'Europe; l'usage s'en est peu répandu au contraire [dans les traités passés par les nations européennes.

Sa rédaction diffère peu de celle de la clause compromissoire spéciale et seulement par l'étendue de son objet. Nous la trouvons ainsi établie dans le traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu entre la France et l'Equateur le 12 mai 1888. « Dans le cas où un différend, de nature à troubler les bons rapports entre les deux pays, viendrait à s'élever, et

ne pourrait être réglé à l'amiable, les hautes parties contractantes soumettront le litige à une puissance amie, dont l'arbitrage sera accepté d'un commun accord (1). »

3° Qu'elle soit spéciale ou générale, la clause compromissoire a cet inconvénient de dépendre étroitement dans son existence du traité principal auquel elle est adjointe et de finir avec lui. Accessoirement placée dans un traité, elle y est peu connue et disparaît d'ordinaire au milieu des dispositions plus importantes qui en atténuent ainsi la valeur et la portée.

La convention d'arbitrage prend au contraire une autorité singulière et une force évidente, dans ce qu'on appelle les traités d'arbitrage permanent. On entend par là, les conventions par lesquelles des Etats s'entendent pour soumettre à des arbitres tout ou partie de leurs difficultés futures, sans que leur stipulation soit dans la dépendance étroite de dispositions d'un ordre différent.

De pareilles conventions ne sont au fond que des généralisations de la clause compromissoire et pour ainsi dire des clauses compromissoires qui auraient perdu leur caractère accessoire pour devenir principal. Leur forme indépendante et l'importance souvent

(1) *Journal officiel*, Chambre des députés, session extraordinaire, 1888. *Annexes*, n° 3061.

considérable de leur objet en font, à l'heure actuelle, les instruments les plus efficaces de la propagation de l'arbitrage.

Leur emploi ne remonte guère au delà d'une trentaine d'années. Le premier traité d'arbitrage permanent fut signé le 17 février 1872 (1) entre diverses républiques de l'Amérique centrale. Cet exemple d'abord suivi par les divers Etats américains aboutit en 1890 à un énorme projet d'arbitrage panaméricain (2).

Depuis, et surtout dans les dix dernières années, l'arbitrage permanent s'est étendu sous forme de traités généraux parmi la plupart des nations de l'Europe et du monde (3).

La formule la plus couramment employée dans ces traités est inspirée par l'existence de la cour permanente d'arbitrage de La Haye et y renvoie. Elle est ainsi conçue :

« *Article 1.* — Les différends d'ordre juridique ou relatifs à l'interprétation des traités existants entre les deux parties contractantes, qui viendraient à se produire entre elles, et qui n'auraient pu être réglés par la voie diplomatique, seront soumis à la cour permanente d'arbitrage établie par la convention

(1) DE MARTENS, *Recueil*, III, p. 476.

(2) PRINCE, *Le Congrès des trois Amériques*, 1889, 1890. Paris, 1891.

(3) V. MÉRIGNHAC, *Droit international public*, t. I, p. 472.

du 29 juillet 1899 à la Haye ; à la condition toutefois qu'ils ne mettent en cause, ni les intérêts vitaux, ni l'indépendance, ni l'honneur des deux Etats contractants, et qu'ils ne touchent pas aux intérêts des tierces puissances. »

« *Article 2.* — Dans chaque cas particulier, — les hautes parties contractantes, avant de s'adresser à la cour permanente d'arbitrage, signeront un compromis spécial déterminant nettement l'objet du litige, l'étendue des pouvoirs des arbitres, et les détails à observer en ce qui concerne la constitution du tribunal arbitral et la procédure (1). »

Sous l'une quelconque de ces trois formes, la convention qui établit l'arbitrage permanent se présente avec un caractère nettement marqué. Ce n'est pas un compromis, car elle n'organise pas elle-même la juridiction arbitrale, mais c'est une promesse de compromis applicable à l'infini à tous les différends prévus qui peuvent surgir.

Cette convention est entièrement valable en droit international où il n'y a pas de loi pour restreindre la liberté des parties et elle y est particulièrement utile en l'absence de tribunaux chargés d'assurer la solution de tous les conflits qui n'ont pu être tranchés amiablement. La liberté absolue des parties est la grande loi de l'arbitrage international. Les Etats en

(1) V. MÉRIGNHAC, *Traité de droit international public*, t. I, p. 482.

litige où dont les relations fréquentes peuvent, à un moment quelconque, produire des litiges sont absolument libres de convenir de l'arbitrage d'une manière occasionnelle ou permanente pour trancher tout ou partie de leurs différends présents ou futurs, et il ne dépend que d'eux d'assurer l'exécution des engagements qu'ils ont ainsi contractés. Aussi l'arbitrage se distingue-t-il en droit international autant par son importance indéfiniment extensive que par la fragilité de ses effets.

Le domaine de l'arbitrage international n'a pas de limites, ou plutôt il n'en a pas d'autres que celles mêmes de la volonté des parties qui s'y soumettent. Sans doute les aspirations pacifiques de tous les peuples sembleraient plutôt concourir à ce que l'arbitrage fût admis sans réserve. Mais la nouveauté de son institution, le peu d'expérience qu'on en a encore, ont suscité presque universellement bien des préventions et conduit ainsi à des restrictions multiples.

Calvo a écrit : « L'arbitrage peut porter sur toute espèce de désaccord hormis ceux dans lesquels l'honneur ou la dignité nationale sont directement en jeu, et qui relèvent d'un sentiment intime, pour ainsi dire personnel, dont un Etat tiers ne doit pas se rendre juge, chaque nation étant seul juge de sa dignité et des droits qui en garantissent la sauvegarde » (1).

(1) CALVO, *Droit international théorique et pratique*, 4^e édition, III, § 1756.

M. Mancini tient le même langage (1). D'autres excluent de l'arbitrage les conflits touchant à l'intégrité, à l'autonomie, à la puissance, à la souveraineté des Etats (2).

M. Mérignhac a démontré l'inanité de ces réserves qui cachent plus de raisons spécieuses que d'arguments solides. « On se rend compte, conclut-il, que l'arbitrage peut se produire sans réserve, si l'on y a recours dès le début, avant que les passions surexcitées rendent impossible toute solution amiable. Et il semble que la situation n'ait été envisagée qu'après cette première période seulement, par les auteurs qui, dans les hypothèses ci-dessus, acceptent des exceptions à la sphère d'application de l'arbitrage international (3). »

Ces réserves n'en sont pas moins passées dans la pratique des traités, et nous en trouvons une mention particulière dans la formule des traités d'Arbitrage per-

(1) « Il y a des droits tant privés que publics qui ne peuvent jamais faire l'objet d'une renonciation, ni d'une convention valide... De même que l'abdication contractuelle de l'existence, de l'indépendance, de l'intégrité nationale d'un Etat en faveur d'un autre serait intrinsèquement nulle, de même serait frappé de nullité intrinsèque le compromis qui remettrait la décision de ces questions à des arbitres. » (MANCINI, motion à la Chambre des députés d'Italie).

(2) BLUNTSCHLI, *Droit international codifié*, art. 498. CARNAZZA-AMARI, *Traité de droit international public*, t. II, 560, Rouard de Card, Bry, Bonfils, etc.

(3) MÉRIGNHAC, *Traité de l'arbitrage international*, p. 184 à 197.

manent, que nous avons donnée plus haut, pour être la plus généralement employée. Leur insertion toutefois reste facultative et il est toujours possible aux parties de donner à leur convention d'arbitrage la portée la plus considérable.

La même indépendance préside à la conception des conventions d'arbitrage. Il n'y a aucune règle en droit international qui restreigne ni le consentement et la capacité des parties, ni la capacité et les pouvoirs des arbitres, ni la faculté d'étendre à tous les conflits possibles l'arbitrage dont on est convenu. Le droit est tout entier dans l'usage, il n'y a pas de loi, mais une coutume internationale, et l'utilisation récente de l'arbitrage au règlement des conflits n'a pas encore fait naître de règles stables qui constatent cette coutume et la dominant.

Cette complète liberté, tout en donnant à l'arbitrage une très grande facilité de constitution, lui confère en même temps une très grande instabilité.

L'arbitrage ne s'impose que lorsqu'il est volontairement établi par les parties. Sans doute les conventions par lesquelles on y recourt, tendent toujours à s'appliquer à un plus grand nombre de cas, et l'arbitrage occasionnel devient plus rare à l'heure actuelle que l'arbitrage permanent. Mais même sous cette dernière forme, il n'est pas encore universellement accepté ; et, de plus, il est limité et dans le

temps par un délai souvent fort bref, et dans son objet, par les nombreuses restrictions, inventées pour sauvegarder un amour-propre national peut-être excessif.

Enfin l'efficacité des conventions d'arbitrage permanent est assez douteuse, aussi bien dans la constitution du compromis auquel elles aboutissent, que dans l'exécution de la sentence rendue aux termes de ce compromis. L'arbitrage international n'a pas de sanction effective (1). Il n'y a aucune autorité supérieure qui assure aux parties l'exécution des engagements pris, des sentences qui les ont condamnées.

Ces inconvénients de l'arbitrage international trouvent bien par eux-mêmes une légère atténuation dans l'état actuel de l'organisation sociale. D'une part, la puissance de l'opinion et la sagesse des gouvernements font un devoir aux hommes qui président aux destinées d'un Etat, de ne point entraîner leur pays dans des aventures dangereuses, mais d'assurer sa prospérité et par conséquent d'écarter la guerre en maintenant le plus régulières possible les relations internationales.

Les conventions générales d'arbitrage sont un des

(1) Par exemple le conflit né à propos de l'art. 34 du traité de commerce italo-suisse le 19 avril 1892. L'Italie refuse de se soumettre à l'arbitrage établi par cet article, en soulevant une question de compétence, or le tribunal arbitral est seul juge de sa compétence.

meilleurs moyens d'obtenir un tel résultat, elles ne pouvaient de ce fait que recevoir une favorable impulsion. D'autre part, des raisons morales importantes concourent à assurer à ces conventions une efficacité non douteuse.

L'honneur des contractants, le respect de la parole donnée, la crainte de déchoir dans l'opinion publique, celle de perdre les avantages spéciaux qui peuvent être attachés à un traité d'arbitrage, celle non moins grande de ne plus trouver d'arbitres dans l'avenir et de mécontenter ceux du présent, la crainte enfin d'inspirer une méfiance certaine dont on pourrait avoir à supporter les effets dans ses traités ultérieurs avec d'autres Etats, sont souvent les meilleures garanties de l'observation d'un traité d'arbitrage et de l'exécution des sentences rendues en vertu des compromis passés.

Il ne faut point toutefois s'exagérer la portée de cette force morale qui intervient ainsi et pour favoriser la formation des traités d'arbitrage, et pour assurer la sanction de ceux qui ont été conclus. Les deux cas sont d'ailleurs très différents. Il n'y a pas d'obligation de contracter un traité d'arbitrage : il y en a une au contraire à exécuter un engagement une fois donné, de nommer des arbitres ou d'exécuter leurs décisions.

La sanction morale de la convention d'arbitrage est incomparablement plus forte que les multiples

raisons qui peuvent inciter deux gouvernements à conclure ensemble un pacte compromissaire. La différence ne porte pas toutefois sur le caractère même de la force, qui, dans les deux cas, reste purement et seulement morale. Et il faut bien constater que s'il n'y a nul moyen effectif autre que l'entente préalable des deux parties, pour établir et rendre obligatoire l'arbitrage, il n'existe pas non plus de sanction directe, positive, matérielle, pour donner à l'obligation contractée une valeur suffisante pour être respectée.

Cette constatation a été faite par la plupart des auteurs qui ont écrit sur le droit international, et la plus grande partie du mouvement de propagande entrepris depuis un siècle en faveur de l'extension de l'arbitrage, a porté sur les moyens d'atténuer et de supprimer ces défauts naturels de l'arbitrage international. Tous les efforts faits ont tendu à la fois à rendre l'arbitrage universellement obligatoire, et en même temps à assurer à cette obligation une sanction plus forte que la simple sanction morale de l'opinion publique et de l'intérêt bien entendu des Etats.

Le premier but a été poursuivi surtout avec ardeur. La plupart des diverses solutions proposées se résument dans l'idée de la constitution d'un tribunal supérieur universellement imposé ou accepté. Cette conception fut en partie celle de la plupart des grands politiques ou conquérants de tous les temps.

Le plan d'une monarchie universelle (1), rêvé par Henri IV, Napoléon I^{er}, Napoléon III, par Leibnitz et quelques philosophes, arrivait à supprimer la possibilité de tout conflit international par l'établissement d'un tribunal supérieur souverain.

Dans l'état actuel de la société, il ne peut plus être question de contraindre ainsi les nations à subir l'autorité d'un tribunal suprême. On ne conçoit pas qu'il puisse y avoir dans le monde une autorité assez forte pour imposer sa suprématie à toutes les nations, et organiser une justice toute puissante.

Il n'y a encore de juridiction internationale que celle qui est volontairement acceptée par les parties. La constitution d'un tribunal suprême n'est donc possible que si elle est l'œuvre de tous les Etats consentants. C'est à la formation de ce tribunal que les partisans de l'arbitrage se sont surtout adonnés. Bien des projets ont été présentés en ce sens.

Des auteurs chrétiens (2), frappés du rôle civilisateur et conciliateur toujours tenu par l'église, ont cherché à faire du pape l'arbitre des nations.

D'autres partisans de l'idée fédérative ont cru voir dans l'antiquité de cette idée, et le succès de ses nombreuses applications, une raison majeure de

(1) Voir sur les idées politiques de Napoléon III, *Funck, Brentano et Sorel*, p. 462.

(2) BLUNTSCHLI, DE MAISTRE, *Du Pape*, liv. II, ch. IV.

proposer une fédération générale des peuples (1).

Certains enfin, moins idéologues, ont cherché simplement la constitution volontairement consentie d'un tribunal arbitral obligatoire. Tels furent les projets Kamarowski, Pasquale Fiore, Dudley Field (2).

Ces dernières initiatives ne devaient pas rester sans résultat et elles aboutirent en 1898 au message du Tzar précédant et préparant pour mai 1899 la réunion de la conférence internationale de la Haye, où la principale question débattue fut presque uniquement celle de la constitution d'une cour permanente d'arbitrage.

Nous n'entrerons pas dans les détails de l'histoire de cette conférence, rapportés d'ailleurs dans de nombreux ouvrages. Nous nous bornerons seulement à étudier son objet et à constater ses résultats au point de vue de l'arbitrage.

Il n'est pas douteux que dans l'esprit des auteurs du premier projet présenté, et qui ne fut point d'ailleurs accepté, il s'agissait d'établir un tribunal arbitral aussi fort et aussi large que possible. Il devait être obligatoire, d'une composition fixe et stable, d'une compétence très étendue.

(1) DE MOLINARI, *L'Abbé de Saint-Pierre*, Bruxelles, 1857. VATTEL, *id.* PRADIER-FODÉRE, liv, I, ch. 52. MÉRIGNHAC, déjà cité. FERRER, *L'Ere nouvelle*.

(2) KAMAROWSKI, *Le tribunal international*, p. 497. FIVRE, *Droit international codifié*, p. 275. V. également KAMAROWSKI, p. 329.

Ce projet, dès le début, se heurta à des préventions très fortes. D'innombrables discussions sur la compétence se terminèrent dans la séance du 19 juillet 1899, par une déclaration de principe du représentant allemand, où il contestait ouvertement le principe obligatoire du tribunal, et se refusait nettement à l'accepter.

De crainte de voir échouer totalement la proposition, le principe de l'obligation fut écarté et l'article 19 de la convention en consacra la suppression définitive. Ce n'était pas l'échec de la conférence, mais une des parties essentielles de son programme qui se trouvait anéantie. Il était dès lors impossible de voir assurée par l'arbitrage, la solution de tous les conflits internationaux.

Une seule voie restait alors ouverte aux membres de la conférence, c'était, en le perfectionnant, de faciliter l'arbitrage dont ils n'avaient pu supprimer le caractère facultatif. C'est à quoi s'appliquèrent les délégués anglais, russes et américains, dans les projets qu'ils présentèrent sur la constitution d'une cour facultative d'arbitrage.

Seul, le projet anglais fut accepté, et c'est lui qui constitue presque intégralement la convention d'arbitrage international de la Haye.

Les juges nommés par chaque Etat au nombre de 4 constituent une sorte de jury, dans lequel, deux nations en conflit qui veulent recourir à l'arbitrage, ont

la faculté de choisir leurs arbitres. Un bureau constitué à la Haye est l'intermédiaire entre les co-litigants et les arbitres qui composent la cour permanente ; son rôle tout passif consiste à transmettre aux Etats qui lui en font la demande la liste des arbitres dont ils sont détenteurs. Enfin des dispositions spéciales organisaient la procédure à suivre devant et pour les arbitres.

Tel fut le résultat de ce grand effort de la conférence de la Haye vers la paix, par l'arbitrage (1). Il est loin, on le voit, de répondre absolument aux espérances qu'on avait conçues et aux projets qu'on avait préparés. Réunie pour assurer au monde une paix durable, elle n'a pu parvenir à satisfaire les aspirations pacifiques qui l'avaient inspirée.

On aurait grand tort toutefois de lui dénier toute efficacité ; elle a appris aux nations à se mieux connaître par la discussion publique de leurs intérêts et de leurs besoins ; et elle a surtout hautement manifesté l'importance qu'on doit attacher à l'arbitrage, en le proclamant, par leurs travaux, le grand instrument du pacifisme futur.

(1) La deuxième conférence de La Haye en 1907 échoua pareillement et toujours sur l'opposition du délégué allemand, dans sa proposition d'une cour d'arbitrage permanente et obligatoire. Elle n'aboutit qu'à une déclaration toute platonique par laquelle elle reconnaissait mais sans l'admettre la haute valeur de l'arbitrage obligatoire (Déclaration n° 2). V. Ernest LEMONON, la 2^e con-

Sans doute est-ce là un résultat tout moral. La conférence de la Haye a plus préparé qu'elle n'a fait. Et on doit lui savoir gré d'avoir aidé à éclairer l'humanité. Il faut bien reconnaître qu'elle n'a pas eu de résultats positifs précis et que le succès de l'arbitrage auquel elle s'est consacrée a été avant tout un succès d'estime.

Il n'en faut pas moins observer cette tendance nouvelle de l'arbitrage vers une organisation stable, fixe et puissante. C'est l'indice de l'évolution d'une justice primitivement facultative et volontaire en une justice permanente et obligatoire (1).

L'ère de cette justice nouvelle n'est pas encore venue, et il est clair que c'était bien une œuvre presque impossible à réaliser, dans un temps où les Etats entre eux sont encore tout pleins de l'idée de leur puissance et de leur souveraineté, et se font toujours une fausse notion de leur honneur et de leur liberté (2).

férence de la Paix, *Revue politique et parlementaire*, 1907, t. LIV, p. 320.

(1) Cette tendance apparaît ouvertement dans la circulaire de M. Knox du mois de février 1910. « Le département d'Etat des affaires étrangères à Washington a adressé récemment aux puissances une note circulaire pour proposer que la cour internationale des Prises, dont la création a été décidée par la 2^e conférence de La Haye en 1907, devienne juridiction investie des fonctions de cour d'arbitrage. » (*Journal des Débats*, février 1910.)

(2) « L'humanité n'est pas encore au bout de son effort vers l'unité et l'homogénéité. » HANOTAUX, *Le Journal*, 15 février 1904.

Pratiquement d'ailleurs, il importe peu que l'arbitrage ne se soit pas établi comme un principe universel et obligatoire, car il est toujours dépourvu de toute sanction directe et positive. Cette sanction, en effet, ne se conçoit même pas, en l'absence de tout pouvoir suprême suffisamment fort pour faire respecter les engagements pris et les sentences rendues par suite de ces engagements. Un pareil pouvoir ne peut exister dans l'état actuel de la société internationale et toutes les solutions trouvées pour suppléer à son absence ou en établir un, sont des tentatives vaines, de vagues projets d'une réalisation incertaine sinon impossible (1).

L'importance de l'arbitrage international est donc incontestable. Mais on ne saurait s'en exagérer la portée et la valeur. L'arbitrage entre nations est une justice amiable, entièrement libre dans sa constitution, dans sa forme et dans ses effets. A défaut de toute autre justice, elle présente sans doute un intérêt particulier, son existence est, pour ainsi dire, de nécessité internationale, et il importe que son développement ne fasse que progresser. Mais, d'autre part, ce développement ne peut être favorisé par aucun procédé extérieur, et il reste à l'entière discrétion des parties.

Aussi conçoit-on l'importance du pacte compro-

(1) MÉRIGNHAC et l'idée fédérative, déjà cité, KAMAROWSKI, *id.*

missoire en droit international. Produit de la seule volonté des co-litigants, il se légitime lui-même, et en imposant l'arbitrage, il est un des facteurs essentiels de tout progrès dans la civilisation internationale.

DEUXIÈME PARTIE

La clause compromissoire dans le Droit privé.

INTRODUCTION

L'arbitrage a été dans le Droit privé primitif ce que nous le voyons actuellement dans les premiers essais d'un droit international. Il est dans toute société à la source même de toute juridiction ; et il n'est au fond qu'une manifestation de l'idée de justice, qui prend conscience d'elle-même, se forme avant d'affirmer avec éclat son existence dans l'institution de tribunaux souverains. Il correspond à un certain état social ; il implique une communauté de rapports entre des hommes de même origine ou de même esprit, qui, commençant à sentir leur affinité, tendent à régulariser leurs relations mutuelles. Le besoin de trancher des conflits spéciaux, auxquels ne s'applique aucune juridiction, ou une juridiction qui n'est pas faite pour

eux, incite à recourir à des juges spéciaux. Ces juges sont les arbitres. Dans nos premières sociétés « les premiers juges ont été de simples arbitres, dont les sentences n'avaient qu'une sorte de force morale ; du moment que ceux qui avaient provoqué l'arbitrage ne se soumettaient pas à la décision rendue, chacun reprenait le droit de se faire justice à soi-même... Lorsqu'on envisage l'humanité dans l'ensemble de son histoire depuis les temps les plus reculés, on est en droit de dire que la notion d'une justice rendue à tous au nom de l'Etat est une conception relativement récente de l'esprit humain. Quant à celle d'une justice égale et la même pour tous, elle ne date que d'hier » (1). L'arbitrage a été la première forme de la justice dans les sociétés naissantes ; on le trouve aux sources même de la civilisation romaine (2), dans le droit franc (3), et chez quantité de peuplades primitives (4). Tel fut encore son rôle dans ces mêmes so-

(1) GLASSON, *Procédure civile*, tome I, p. 1.

(2) GIRARD, *Manuel de droit romain*, pp. 152, 944, 979, 981, 1035, 1043. — CUQ, *Institutions juridiques des Romains*. Ancien droit, p. 406. — JOBBÉ DUVAL, *Etudes sur la procédure civile romaine*, 1896, t. I, p. 57. — IHERING, *Esprit du droit romain*, trad. MEULENÈRE, t. I, p. 168 à 174.

(3) V. GLASSON, *Hist. du droit et des instit. de la France*, I, p. 122, III, p. 310. — DECLAREUIL, *Thèse*, Paris, 1887, p. 1 à 34. — FOURGOU, *Thèse*, Toulouse, 1906, p. 20 à 81.

(4) V. DECLAREUIL, « La justice dans les coutumes primitives », *Nouv. revue historique*, 1889, t. XIII, p. 153, 363. — KOWALEWSKI, *Coutumes contemporaines et Loi ancienne*, p. 365. — D'ARBOIS DE

ciétés organisées, toutes les fois que certains rapports sociaux ont nécessité la constitution de juridictions particulières. L'arbitrage fut, au Moyen-Age, l'origine de la juridiction ecclésiastique (1), il fut un peu plus tard celle de la juridiction commerciale (2); et ne veut-on pas encore voir en lui aujourd'hui le principe initial des juridictions administratives (3). L'histoire de l'arbitrage n'est en somme que l'histoire d'une des phases les plus intéressantes de l'institution de la justice.

Le développement de la civilisation, en mettant au-dessus de toute société un pouvoir souverain chargé d'assurer sa sécurité, finit tout naturellement un jour par faire de ce pouvoir l'arbitre désigné pour trancher toutes les contestations entre membres de la même société. Du moment où cet arbitrage devint obligatoire, la justice publique fut définitivement établie dans chaque Etat. Cette origine des juridictions est encore sensible dans certaines sociétés, où

JUBAINVILLE, *Revue archéologique*, 1884, t. I, p. 171 à 184. *Revue celtique*, 1886, t. VII, p. 2.

(1) ESMEIN, *Cours élém. d'hist. du droit fr.*, 1898, p. 153 et suiv. — HUC, « Etudes hist. sur la procédure civile », *Revue crit.*, 1856, t. IX, p. 35. — DECLAREUIL, déjà cité.

(2) V. THALLER, « De la place du commerce dans l'hist. gén. », *Annales de droit comm.*, 1892, p. 197. — GLASSON, « Les consuls des marchands », *Nouv. revue hist.*, 1897, p. 5. — François MOREL, *La juridiction commerciale au Moyen Age*, Paris, 1897. — THALLER, *Tr. élém. de droit comm.*, 1898, p. 1031, n° 2241 et p. 1061.

(3) V. HAURIOU, *Droit administratif*.

leur développement n'a pas été assez complet pour ne pas laisser subsister des traces irréfutables de l'institution primitive (1).

Il est clair que dans cette évolution de la justice, l'usage de convenir d'avance et d'une manière générale de l'arbitrage ne put que concourir à donner à l'arbitrage primitif le caractère perpétuel et obligatoire qui est celui de toute juridiction constituée. Le rôle du pacte compromissaire est encore, historiquement, mal déterminé ; mais, il apparaît assez nettement pourtant dans l'organisation première des tribunaux ecclésiastiques (2) et consulaires (3). Il est un instrument non équivoque de la transformation de l'arbitrage en justice réglée.

L'existence de la clause compromissaire correspond donc à un certain état social, dans lequel l'absence ou l'incompatibilité des juridictions d'Etat, pour ré-

(1) V. IHERING, déjà cité. — On donne le même caractère arbitral aux rachimbours du droit franç. : FUSTEL DE COULANGES, *Instit. pol. anc. France*, t. I, p. 510, note 1. — THÉVENIN, « Contributions à l'hist. du droit german. », *Nouv. revue hist.*, 1880, p. 455, 6, et BEAUDOIN combattent cette théorie du caractère arbitral des rachimbours.

(2) ESMEIN, déjà cité. — BONCENNE et BOURBEAU, *Procédure civile*, t. VI, p. 431. — CANSANO, *Lex rom.*, p. 69. — Loi 76 de Episc., liv. VIII de Jud. — *M. du concile de Trente*, p. 373. DUR. DE MAILLANE, *Dictionn. de droit canon.*, v. Arbitrage. — Conclusion du procureur G. Dupin. Arrêt 30 juill. 1850. D. 50.1.216.

(3) L'usage de la clause compromissaire existait en Italie entre marchands dès la fin du Moyen Age. Piel Desruisseaux, Caen, 1855.

gler certains conflits, a fait naître et développer l'arbitrage. Elles s'expliquent d'autant mieux que l'arbitrage joue dans une société un rôle plus important et plus indispensable.

Quel est donc le rôle de l'arbitrage dans le droit privé de nos sociétés modernes ?

Toute institution qui répond à un besoin social quelconque se justifie par son utilité même. Or, il pourrait sembler tout d'abord qu'il ne put en être ainsi pour l'arbitrage, dont l'existence se heurte dans l'état moderne à l'établissement de juridictions souveraines d'une compétence très large et d'une valeur intrinsèque considérable. Ne fait-il pas double emploi avec elles, dira-t-on ? L'objection serait très juste si les dites juridictions, œuvres parfaites, répondaient absolument à leur destination ; mais les œuvres humaines sont toujours perfectibles, preuve qu'elles n'atteignent jamais l'idéal auquel elles tendent, ne satisfont jamais tous les besoins qu'elles sont chargées d'assouvir. Une institution sociale surtout, produit moyen d'une élaboration considérable, chargée d'assurer la satisfaction d'une quantité d'intérêts divers, ne peut tous les contenter dans leur totalité ; il y en a même qu'elle sacrifie complètement à l'intérêt supérieur de l'ensemble. Quand donc, auprès de cette institution, un moyen particulier s'offre de satisfaire les intérêts négligés, n'est-il pas légitime qu'il puisse être librement employé, surtout quand il ne porte

aucun préjudice à l'existence et à la valeur de l'institution principale. Telle est la situation de l'arbitrage auprès des juridictions constituées. On conçoit que plus ces dernières se perfectionnent, moins il est utile. Son développement est en raison inverse de celui de la justice publique.

L'utilité de l'arbitrage fut immense en un temps où les juridictions naissantes n'avaient qu'un semblant d'intégrité, de compétence et de valeur juridique. Il coexista avec elles dans leurs débuts, pour suppléer à leurs déficiences multiples, produit inéluctable de toute formation. « Une société », dit Boncenne, « dans laquelle les pouvoirs publics essaient de se constituer, traverse quelquefois des nuits profondes au milieu desquelles elle s'égare ; au lieu de garanties qu'elle promettait aux citoyens, c'est le despotisme qu'elle impose ; les individus restent sans protection contre des pouvoirs sans frein ; la justice, instrument de la puissance sociale, pèse sur les faibles et s'humilie devant les forts. Tombée en des mains indignes, elle a ses procédures ruineuses et ses sentences vénales. Le plaideur cherche alors un moyen d'éviter son contact. L'arbitrage est encore un bienfait, c'est un remède contre les abus » (1). Tel fut le rôle de l'arbitrage au Moyen-Age, quand, devenu un attribut du pouvoir féodal, la justice ne fut bientôt pour les

(1) BONCENNE et BOURBEAU, *Procédure civile*, t. VI, p. 422, 3.

barons qu'un instrument de domination et de rapine (1). C'est par la faveur que nos rois surent lui donner, qu'ils arrivèrent à lutter contre cette justice féodale et à implanter petit à petit leur autorité juridictionnelle sur toute la nation (2).

Nous n'en sommes heureusement plus aujourd'hui à ces temps de troubles et de bouleversements. Sous la poussée universelle du progrès, les sociétés se sont fortement organisées; conscientes de leurs origines, elles ont mieux vu à quelles fins elles devaient répondre, et elles s'y sont évertuées. L'institution de la justice a été ainsi tout entière refondue pour se conformer à son objet. L'impartialité, la science juridique, la célérité, la gratuité ont été les qualités primordiales dont on a fait la règle de toute justice. Cet idéal toutefois ne pourra jamais être complètement

(1) V. sur le grand développement de l'arbitrage au Moyen Age : (le compromis était alors connu sous le nom de « mise ») : Fourgons, « L'arbitrage au XIII^e et XIV^e siècle » *Thèse*, Toulouse, 1906 : notamment aux pages 34 à 60 : causes du développement de l'arbitrage au Moyen Age. M. Fourgons les ramène à 4 : 1^o l'influence du droit de Justinien ; 2^o l'influence de l'Eglise (qui se sert de l'arbitrage pour développer sa juridiction) ; 3^o venant des roturiers, la nécessité de lutter contre l'exploitation féodale ; 4^o les difficultés tenant à la multiplicité des juridictions, qui donnait lieu à de nombreuses questions de compétence. — V. les nombreuses références citées de cette thèse.

(2) Les nombreuses ordonnances royales, par lesquelles, surtout au XVI^e siècle, les rois consolident l'arbitrage : ordonn. de 1510, art. 34 ; 1535, ch. XVI, art. 30 ; 1560, art. 3 (du chancelier de l'Hospital). Moulins, 1566, art. 83.

atteint ; et si la connaissance que l'on en a, a fait progresser infiniment les institutions judiciaires, ce n'est pas au point d'éliminer complètement l'arbitrage des usages juridiques. Par son unité de constitution, la justice publique, en s'appliquant à la généralité des conflits, ne tient compte des particularités d'aucun et se trouve incapable de se plier aux contingences des faits, à la nature très variable des différends à résoudre. Certains litiges impliquent des connaissances spéciales, qu'on ne pourra toujours trouver chez des juges de carrière ; d'autres demandent, à être tranchées, une rapidité que les innombrables formalités judiciaires rendront souvent impossible ; quelques-uns répugnent, enfin, à la publicité des audiences ; et il n'y a aucune cause judiciairement tranchée, dont les frais ne soient toujours trouvés trop lourds par les plaideurs. C'est surtout en matière commerciale que ces inconvénients sont le plus sensibles. La valeur inestimable du temps, la nature instable de certaines marchandises contestées, la discussion de secrets de fabrication ou de quelques procédés industriels, impliquée dans un procès, l'appréciation quelquefois délicate des débats, nécessitent souvent des juges spéciaux, libérés de toute règle légale, et rendant dans un temps fort bref, suivant une procédure dégagée d'incidents et de publicité, des décisions uniquement inspirées par la loi plus large de l'équité naturelle. L'arbitrage répond donc toujours à une

nécessité sociale. Soumis à l'unique règle de la volonté individuelle, il se plie mieux aux circonstances et est toujours à même de s'adapter à la nature des conflits.

Mais il a aussi tous les inconvénients de la liberté dont il s'inspire. Les arbitres offrent rarement les mêmes garanties que les juges naturels choisis d'une façon désintéressée : « Dans aucun temps », dit Boncenne, « et même abstraction faite des époques de trouble et de division politique, la raison inexpérimentée des personnes étrangères à l'application des lois, n'a pu offrir des garanties aussi rassurantes que la justice réfléchie des hommes versés dans la science du droit ; c'est que les meilleurs juges sont dans les tribunaux et que la constante régularité de leurs décisions vaut mieux en général que la trop flexible équité des compositions arbitrales » (1). L'absence de formalités correspond aussi à une absence de garanties : en donnant aux arbitres le droit de juger souverainement, on renonce à la protection efficace d'un deuxième degré de juridiction. La justice arbitrale enfin est susceptible des mêmes errements et des mêmes défauts que la justice ordinaire : La rétribution des arbitres est souvent aussi coûteuse que bien des frais de justice ; leur procédure peut être tout aussi surchargée d'incidents et de complications ; et leur jugement n'offre jamais la même efficacité.

(1) BONCENNE et BOURBEAU, *Procédure civile*, t. VI, p. 300.

« L'arbitrage et la justice publique ont leurs avantages et leurs inconvénients. Peut-être trouve-t-on en général chez les arbitres un travail plus attentif, une discussion plus sérieuse, une solution plus méditée et par cela plus complète ; mais aussi moins d'indépendance et d'impartialité : Trop souvent un arbitre se passionne, même à son insu, pour les intérêts de la partie qui l'a nommé ; il oublie son caractère de juge et revêt celui d'avocat ; il faut alors, pour résister à cette influence, une fermeté que n'a pas toujours son co-arbitre et à défaut de laquelle les droits les plus justes peuvent être sacrifiés. Ce danger se rencontre moins dans les tribunaux ; on y trouve d'ordinaire l'indifférence, garantie d'impartialité, mais fréquemment aussi, cause de négligence et de jugements irréfléchis (1). » Le domaine de la justice publique est en définitive plus étendu que celui de l'arbitrage ; mais il n'en est pas exclusif. Il y a des circonstances où l'arbitrage s'impose : sans doute ces circonstances tendent-elles à diminuer de plus en plus avec les progrès constants des juridictions établies ; mais elles ne disparaîtront jamais complètement. L'arbitrage aura toujours sa place à côté de la justice publique, car il répond à un besoin certain de la société ; il est seulement évident que son emploi demandera toujours plus de réserve et de sérieuse réflexion.

(1) CHAMPIONNIÈRE, *Revue de législation*, t. XVII, 1843, p. 251.

L'arbitrage a ainsi perdu l'antique primauté qu'il avait acquise dans les sociétés primitives, pour devenir un moyen tout accessoire de suppléer à une justice publique, fortement constituée en dehors et au-dessus de lui. Cette évolution a considérablement changé son caractère juridique. L'arbitrage n'est plus dans le droit moderne l'unique justice d'une société qui se constitue ; la présence d'une organisation judiciaire souveraine et fortement conçue en a rendu l'existence tout à la fois légalement irrégulière et matériellement insuffisante.

L'irrégularité de l'arbitrage tient au caractère de nécessité sociale de l'organisation judiciaire. Sans doute sa nature contractuelle lui donne une raison d'être dans le principe de liberté des conventions, universellement admis ; mais en enlevant toute compétence aux tribunaux d'Etat, ne porte-t-il pas atteinte en même temps à l'institution de la justice et ne constitue-t-il pas ainsi une dérogation au principe d'ordre public ? La question en elle-même présente peu d'importance, car aujourd'hui l'arbitrage est presque universellement proclamé dans toutes les législations, et nous voyons, par exemple, notre loi française déclarer que : « toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition » (1). Mais si la solution en importe peu,

(1) Code de procédure civile, art. 1003.

pour reconnaître la validité de l'arbitrage, elle offre beaucoup plus d'intérêt pour apprécier le régime actuel de son institution. L'arbitrage, en effet, sera entièrement libre, si, indépendamment de toute reconnaissance légale, il est parfaitement valable ; il sera au contraire réduit au rôle que la loi lui réserve, dans ses dispositions, sans jamais pouvoir le dépasser, si, dérogeant à un principe d'ordre public, il n'a d'existence que par la loi qui l'établit. Quelle est donc la nature des règles d'organisation judiciaire ? Leur reconnaît-on ce caractère d'ordre public, exclusif de toute dérogation ?

Il s'agirait tout d'abord d'être fixé sur la notion d'ordre public. Il n'y a pas de cette expression une définition précise et concluante. M. Pillet estime que l'ordre public s'attache à toutes les lois qui tendent à assurer à la société sa conservation (1). La majorité des auteurs sont d'avis, au contraire, que ce n'est pas autre chose que l'intérêt général de la société. « Quand le législateur parle au nom de l'intérêt général, dit Laurent, il commande ou il défend ; or, la société ne serait plus possible si à raison de leur intérêt particulier, les citoyens pouvaient se mettre au-dessus de l'intérêt social, en dérogeant aux lois qui le concernent. C'est donc un principe d'une éternelle vérité, que l'on ne peut pas permettre aux citoyens de déroger

(1) *Annales de l'enseignement de l'Université de Grenoble*, 1890, t. II, p. 185 ; en Droit int. privé.

aux lois d'intérêt public (1). » Cette expression nouvelle par laquelle on veut éclairer l'idée d'ordre public, n'explique rien par elle-même. L'intérêt de la société ne peut se délimiter d'une façon précise : on s'entend à déterminer les dispositions auxquelles on peut accorder ce caractère, sans pouvoir donner exactement le critérium qui permette de les distinguer. La notion que l'on en a est excessivement vague et varie forcément suivant les nécessités des diverses sociétés. C'est ainsi qu'en France, le divorce, par exemple, fut successivement prohibé comme contraire à l'ordre public, puis librement admis. Aussi la plupart des auteurs estiment ils que le principe d'ordre public ne doit être déterminé que suivant les législations, et ils s'en remettent à la jurisprudence, à défaut des lois, du soin d'apprécier chaque cas, pour en fixer le caractère. « L'intérêt général », dit M. Weiss, « qui est la base de l'ordre public est chose essentiellement mouvante », et il conclut qu'on doit « laisser aux juges la faculté de modeler leurs décisions sur les circonstances, sur la marche des idées, sur les progrès ou sur l'altération des mœurs » (2).

(1) LAURENT, *Droit civil*, t. I, p. 82 à 86.

(2) WEISS, *Droit international privé*, t. IV, p. 83. Voir dans le même sens un arrêt d'Aix du 13 juillet 1837. D. 37.2.147 : « Les lois qui règlent les intérêts des individus et les droits qui en naissent, n'intéressent l'ordre public que lorsqu'elles le considèrent dans leur rapport avec le bien général de la société, ou

Si nous cherchons, d'après ces quelques principes, si, dans un Etat, l'institution de la justice est d'ordre public, nous ne pourrons donc répondre que suivant le pays que nous prendrons en considération, d'après ses lois et sa jurisprudence. D'une manière générale, et en dehors de toute recherche, nous pouvons cependant nous rendre compte de la nature spéciale de ce caractère de la justice publique. Ce qui est d'intérêt social dans la justice, ce n'est pas tant son institution que son principe, ou mieux, sa fin. Il importe avant tout à la société que la paix soit assurée, et c'est à cela que répond l'organisation judiciaire. Quant à l'emploi de tout autre moyen donnant le même résultat, on ne voit pas quels dangers il pourrait impliquer. Que les conflits soient réglés par un procédé où par un autre, il n'importe, pourvu qu'ils le soient à la plus grande satisfaction de l'ordre social. Si, d'ailleurs l'organisation des tribunaux était exclusive, dans un Etat, de tout autre moyen de résoudre les différends, ce n'est pas seulement l'arbitrage, mais tous les autres moyens amiables de terminer les conflits, comme la transaction, par exemple, qui seraient par là même prohibés. Il ne nous semble donc point au fond que l'institution de l'arbitrage soit contraire à une nécessité sociale quelconque, juridiquement, il est parfaitement valable ;

lorsqu'elles accordent une protection spéciale à ceux à qui elle est nécessaire à raison de leur incapacité. »

et voilà pourquoi, d'ailleurs, il est universellement reconnu et admis.

On peut cependant prévoir que si l'usage de l'arbitrage est, en principe, conforme à l'intérêt général, il peut arriver parfois qu'il devienne un élément de trouble et de perturbation. Nous avons vu précédemment à quels dangers l'arbitrage peut, dans certains cas, conduire et combien de réserve et de précautions il exigeait pour être utilement employé. Si toutes les lois en reconnaissent implicitement ou explicitement la valeur et l'utilité, il est donc fort possible aussi qu'elles en puissent restreindre la portée. Ce droit est d'autant plus évident et plus fort dans nos législations actuelles, que, dans sa forme primitive, l'arbitrage eût été une institution bien imparfaite et peut-être inutilisable, si le législateur n'était pas intervenu pour en perfectionner l'organisation. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que, dans sa forme première, l'arbitrage n'eut jamais la forme obligatoire nécessaire à toute justice régulière et constituée. La sentence des arbitres ne s'imposait primitivement qu'autant qu'elle était acceptée. Le droit moderne, en reconnaissant la validité de l'arbitrage, lui donna sans doute une certaine efficacité en l'assimilant à un contrat, dont l'obligation est toujours légalement exécutoire. Mais l'action en dommages-intérêts à laquelle donnait seulement lieu l'obligation personnelle, qui résulte du compromis, eût été bien insuffisante, si le légis-

teur n'avait presque partout conféré à la sentence arbitrale la force d'un jugement. Cette disposition nouvelle modifia complètement la nature de l'institution et lui donna le caractère moitié contractuel, moitié judiciaire que nous lui voyons. Du fait de cette évolution l'arbitrage acquit une efficacité considérable ; mais devenu une véritable instance légale, passa, par cela même, sous la surveillance étroite et rigoureuse du législateur, qui eut d'autant plus de droits à le restreindre, qu'il lui avait donné plus d'autorité. L'arbitrage, complètement valable, suivant les principes du droit privé moderne, n'est donc entièrement libre, que s'il ne reçoit de la loi aucune limitation.

Cette transformation de l'arbitrage devait forcément enlever au pacte compromissaire toute son importance. La création des juridictions permanentes supprimait d'abord toute sa valeur utilitaire et ne devait donner au législateur que plus de scrupules à accepter un contrat qui limitait la compétence générale des tribunaux, en soumettant d'avance à des arbitres toute une catégorie souvent très extensible d'affaires incertaines. Sans doute la reconnaissance officielle de l'arbitrage lui conférait une certaine légalité, mais sa réglementation en donnant à l'arbitrage le caractère d'une véritable instance judiciaire ne pouvait que soumettre le pacte compromissaire aux règles restrictives inspirées au législateur par son sentiment des nécessités sociales.

Le pacte compromissaire présentait d'ailleurs dans nos législations modernes un caractère d'instabilité très prononcé, tenant à la nature juridique de l'obligation qu'il engendre. Nous avons vu en effet qu'il s'analysait généralement en une promesse de contracter, en l'occurrence une promesse de conclure un compromis lorsque certains différends prévus se produiront. Comment assurera-t-on à ce contrat l'exécution de l'obligation ainsi formée? La question n'était pas à résoudre dans les législations primitives où, en l'absence de toute justice, de pareilles conventions faisaient au moins naître un lien moral d'autant plus précieux que le jugement des litiges n'était jamais obligatoire. Il n'en est plus de même, au contraire, dans le droit moderne où le règlement pacifique des conflits est une nécessité sociale, réglé et imposé par une autorité souveraine. Si les particuliers peuvent résoudre eux-mêmes leurs contestations, encore faut-il que cette liberté ne soit pas l'origine de difficultés nouvelles, portant non plus sur les conflits prévus, mais sur la manière de les trancher. La sanction du pacte compromissaire est devenue ainsi absolument nécessaire. Elle existe en partie dans les règles mêmes du droit privé qui confère aux parties réclamant l'exécution d'une obligation de faire, le droit de demander des dommages-intérêts. Mais, comme pour le compromis, cette sanction-là est bien insuffisante. La condamnation à des dommages-intérêts n'est qu'une

manière bien indirecte et souvent illusoire d'arriver à l'exécution d'une obligation. A supposer même que la partie récalcitrante paie les dommages-intérêts fixés, l'obligation de faire est sans valeur ; et comme il s'agit en dernière analyse de s'entendre à trancher un différend, voilà un conflit toujours pendant, qui ne peut que s'aggraver et constitue, au moins par sa durée, une perturbation sociale. Ce danger nouveau devait fatalement donner aux législateurs de notre temps bien des hésitations sur la validité du pacte compromissaire. Ceux qui l'ont accepté, ont, en général, cherché à en pallier ce grave inconvénient. La plupart ont proposé, nous le verrons, de suppléer à une exécution volontaire de l'obligation, par une intervention des tribunaux. Cette intervention n'est pas sans créer de nombreuses difficultés, touchant principalement à la nature de l'obligation contractée. Il ne faut pas oublier, en effet, que les parties se sont engagées, conditionnellement, à conclure un contrat, autrement dit, à mettre d'accord leur mutuel assentiment sur les différents éléments d'une juridiction de leur choix. Or, peut-on suppléer à un acte de nature essentiellement volontaire ? Le consentement promis est entièrement personnel : les diverses circonstances qui le déterminent ne peuvent être appréciées que par ceux qui le donnent ; et sa forme et son objet sont choses absolument individuelles. La nomination des arbitres, l'indication de leur pouvoir et de leur pro-

cédure ne sont, en principe, que l'œuvre des parties contestantes. C'est cette origine volontaire des éléments judiciaires qui constitue d'ailleurs le fond et la caractéristique de l'arbitrage. N'est-ce donc pas changer le caractère de l'obligation contractée, de l'arbitrage promis, que d'y faire intervenir une autorité étrangère pour en assurer l'exécution ? Le pacte compromissoire n'aurait donc une entière valeur que par une transformation nouvelle de l'arbitrage en complète institution légale. L'arbitrage présenterait-il alors tout l'intérêt et les avantages qui font actuellement encore son succès ? Tel est l'important problème auquel conduit l'admission du pacte compromissoire, quand on lui donne une sanction légale directe.

L'usage du pacte compromissoire présente ainsi une infériorité notoire sur la justice réglée, qu'on ne peut faire disparaître qu'en modifiant totalement la nature de l'arbitrage. Est-ce la difficulté d'arriver à un perfectionnement satisfaisant de son institution, est-ce, d'autre part, la concurrence que fait l'arbitrage à la justice publique, et la crainte d'en développer outre mesure les inconvénients et les dangers ? ce qu'il y a de sûr, c'est que le pacte compromissoire ne joue plus, dans le Droit privé moderne, le rôle essentiel sous lequel il se présente en Droit International public. S'il existe, ce n'est pas sous une forme capitale et indépendante, mais sous l'apparence dé-

ournée et secondaire d'une chance contractuelle adjointe à une convention pour trancher les différends qu'elle pourrait produire.

Nous allons tâcher d'étudier la notion de la clause compromissoire dans les diverses législations actuelles, en nous attachant aux plus importantes. Nous verrons quelles sont les raisons données et de son admission chez les unes et de sa nullité chez les autres ; et quels sont les moyens préconisés pour la sanctionner et ses résultats quand elle est admise.

Nous nous attacherons particulièrement à la législation française, par laquelle nous allons commencer cette étude.

Voici comme nous comptons l'entreprendre. Nous étudierons :

Chap. I. — L'arbitrage dans le Droit Révolutionnaire. La nécessité de connaître l'esprit de notre législation sur ces matières nous oblige à remonter à cette époque où furent élaborées les règles de notre société actuelle et les grands principes de notre droit.

Chap. II. — L'arbitrage dans nos Codes et les premières solutions données par la jurisprudence à la question de la validité de la clause compromissoire.

Chap. III. — La jurisprudence actuelle : son origine, ses raisons et ses causes.

Chap. IV. — Principales applications faites par la jurisprudence.

Chap. V. — Les tendances nouvelles. Les projets présentés en faveur de la validité de la clause compromissoire, leur utilité et leur avenir.

Chap. VI et unique. — La jurisprudence belge et état actuel de la législation en Belgique.

PREMIÈRE SECTION

La clause compromissoire dans la Législation Française.

CHAPITRE PREMIER

L'ARBITRAGE DANS LE DROIT RÉVOLUTIONNAIRE

Nous avons vu que sous l'Ancien Régime, au moins à ses débuts, l'arbitrage avait joué un rôle assez important. Dans la formation des justices royales, il fut très certainement un des instruments de leur succès dans leur lutte contre les juridictions seigneuriales. Tous les conflits qui étaient réglés par l'arbitrage, étaient enlevés à la connaissance de ces dernières : ce qui diminuait considérablement leur autorité. De nombreuses ordonnances facilitèrent l'arbitrage en le perfectionnant : Les ordonnances de 1510 et 1535 établirent et réglèrent l'appel des sentences arbitrales, celle de 1560 leur donna la force d'un jugement.

L'arbitrage ne fut pas seulement autorisé, mais imposé dès une époque assez lointaine, pour régler certains différends, dont la solution dépassait la compétence des tribunaux constitués ou était inconciliable avec leur procédure. C'est ainsi que de tous temps les conflits commerciaux furent en France enlevés à la connaissance des tribunaux ordinaires. Louis XIV écrivait en tête de l'ordonnance de 1673, qu'il voulait établir « des règlements capables d'assurer parmi les négociants la bonne foi contre la fraude et de prévenir les obstacles qui les détournent de leur emploi par la longueur des procès et consomment en frais le plus liquide de ce qu'ils ont acquis ». Les conflits commerciaux furent à l'origine uniquement résolus par des arbitres, d'abord volontairement choisis et nommés, puis obligatoirement imposés. Un édit du mois d'août 1560 ordonne que « tous les différends entre marchands pour fait de marchandises doivent être vidés sommairement par 3 personnes au plus accordées entre eux ou dont ils seront contraints de s'accorder par le juge des lieux ». Cette même ordonnance de 1560 (1) dans son article 3 enjoignait les mêmes prescriptions pour les contestations entre parents, notamment pour les affaires relatives aux partages de succession, aux comptes de tutelle, aux restitutions de dot et aux délivrances

(1) Confirmée en 1566 (Moulins) art. 83.

de douaire. Domat en explique la raison d'être : « Comme le motif », dit-il, « de conserver la paix entre les parties est singulièrement favorable entre personnes proches et dans les affaires de famille, les ordonnances obligent ceux qui ont des différends pour des partages de succession entre proches, pour des comptes de tutelle et autres administrations, restitutions de dot et douaire, à nommer des arbitres, et ordonnent qu'au refus d'une des parties, il en soit nommé par les juges..., ce qui donne aux arbitres nommés pour toutes ces sortes de différends, le droit de les terminer avec toute la diligence possible pour éviter les longueurs des instructions qui se font en justice et aussi le droit d'apporter dans les jugements de ces sortes d'affaires, les tempéraments que la qualité des faits et les circonstances peuvent rendre justes (1). »

L'organisation des juridictions royales et leur prédominance incontestée ne pouvaient toutefois que restreindre l'usage de l'arbitrage. Le perfectionnement des institutions judiciaires, l'autorité jalouse des parlements et cours de justice devaient forcément contribuer à en diminuer l'importance. L'arbitrage forcé lui-même fut de plus en plus étroitement limité. L'établissement des tribunaux consulaires (2) se ré-

(1) DOMAT, *Lois civiles*, t. II, liv. II, tit. VII, sect. 2, p. 267.

(2) De nombreux édits créèrent des juges-consuls. Les plus

pandit peu à peu, et conséquemment l'art. 3 de l'ordonnance de 1560, dans sa disposition relative aux contestations entre marchands, cessa d'être en vigueur partout où il en fut établi. Les arbitrages de famille devinrent aussi plus rares, et les parlements hésitèrent toujours davantage à rendre leur constitution obligatoire. « Henrys observe que quoique ces ordonnances aient été sagement établies, elles n'en sont pas mieux exécutées et que les juges n'ordonnent que difficilement que les parents conviendront d'arbitres, même dans les cas où les avocats requièrent que cela soit ordonné (1). » Certaines provinces cependant conservent quelques usages originaux, et c'est ainsi que l'institution de l'arbitrage eut un succès particulier en Provence, où d'anciens statuts de 1469 et 1491 furent longtemps appliqués (2).

En général dans l'ancienne France l'usage de l'arbitrage fut toujours en vigueur et n'eut jamais un

anciens sont ceux de juillet 1549 qui en établit à Toulouse, et de mars 1556 à Rouen, etc.

(1) GUYOT, *Répertoire de jurisprudence*; v. Arbitrage, 1784, p. 557.

(2) GUYOT, déjà cité, p. 557. « Le but de ces statuts est d'abrégier et de simplifier les procès qui peuvent s'élever entre les personnes obligées d'avoir ensemble des relations fréquentes et parmi lesquelles, par conséquent, on doit retrancher avec le plus de soin toutes les occasions de rixes et d'altercations. Lorsque ce but ne peut pas être rempli par le compromis et que l'on s'aperçoit qu'en demandant le renvoi de la cause à des arbitres, une partie n'a d'autre motif que de reculer les jugements, on ne doit pas obliger l'autre partie à compromettre. »

développement absolument libre et illimité. Il semble, en ce qui nous concerne, que jamais les parties contestantes n'eurent un droit certain à s'engager d'avance à régler leurs contestations futures par arbitres. On trouve cependant dans le très ancien droit et en matière commerciale un exemple remarquable de clause compromissoire. A l'époque de la Renaissance l'usage s'introduisit d'Italie d'insérer, dans les actes de sociétés, une clause par laquelle les associés s'engageaient à soumettre leurs litiges éventuels à des arbitres. Cet usage ne conserva pas longtemps son originalité. Il fut converti en loi par l'ordonnance de 1673, dont l'art. 9 du titre 4 est ainsi conçu : « Toute société contiendra la clause de se soumettre aux arbitres pour les contestations qui surviendraient entre les associés, et encore que la clause fût omise, un des associés en pourra nommer ; ce que les autres seraient tenus de faire, sinon en sera nommé par le juge pour ceux qui en feront refus. » C'était la transformation de la clause compromissoire en arbitrage forcé. A part cet exemple assez ancien et qui dégénéra, on ne trouve pas dans le droit des derniers temps de la royauté, au moins à titre de coutume établie et générale, l'emploi de la clause compromissoire pour régler les différends entre co-contractants. L'ordonnance de 1681 pourtant reconnaît en matière d'assurances maritimes que « lorsque la police contiendra soumission à l'ar-

bitrage et que l'une des parties demandera d'être renvoyée devant des arbitres avant aucune contestation en cause, l'autre partie sera tenue d'en convenir, sinon le juge en nommera pour le refusant (1) ». Ce cas est absolument exceptionnel ; il s'explique en partie par la spécialité des matières qui font l'objet des contestations en fait d'assurances maritimes et par la nouveauté du contrat d'assurance, qui le fit peut-être étendre aux contestations sur assurances terrestres vers la fin du XVIII^e siècle (2). Mais il ne se retrouve pas ailleurs dans notre ancien droit.

La justice royale absorbe tout et ne souffre aucune atteinte directe et indirecte à sa souveraineté. Si elle accepte le compromis, c'est en le réglant et en donnant à l'arbitrage la forme d'une véritable instance judiciaire aboutissant à un jugement ; elle ne saurait au contraire admettre un contrat qui lui enlèverait toute compétence pour le règlement de conflits futurs et incertains. Dans le répertoire de Denisart, il est dit au mot : compromis : « Les compromis sont des actes absolument libres et on ne peut forcer personne de s'en rapporter au jugement d'arbitres et d'en choisir ; mais cette maxime générale, quoique vraie et fondée en raison, est sujette à quelques exceptions ». Or, parmi ces exceptions, il ne cite que les différents cas d'arbitrage forcé que

(1) Art. 70.

(2) V. *Répertoire-Dalloz* ; v. Arbitrage, n^o 454.

nous avons indiqués et ceux concernant les coutumes de Provence. Mais il n'est question nulle part du compromis rendu obligatoire par la convention préalable des parties. La clause compromissoire était incompatible, dans l'Ancien Droit Français, avec le principe d'une justice souveraine qui était moins une institution sociale qu'une attribution de la royauté.

Ce furent les vices de cette justice qui assurèrent en partie ou tout au moins préparèrent le succès extraordinaire de l'arbitrage pendant la Révolution Française. On se plaignait du trop grand nombre de juridictions (1) ; entre elles le plaideur restait parfois suspendu de longues années (2) ; les appels et les recours l'amenant de l'une à l'autre éternisaient les procès. Fréquemment les justiciables se trouvaient distraits de leurs juges naturels ; fréquemment aussi les tribunaux n'étaient guère à leur portée, tant les circonscriptions des parlements étaient irrégulières et étendues, et tant les débris de la féodalité encombraient encore le droit public. Si le corps de l'ancienne magistrature se distinguait dans son ensemble par son intégrité, la vénalité des charges et les épices ne laissaient pas de jeter quelque ombre sur son bon renom. La justice était parfois arbi-

(1) Juridictions : seigneuriales, administratives, exceptionnelles.

(2) Règlements de juge.

traire (1), souvent inégale (2), toujours très lente et très coûteuse par suite des complications de la procédure. La faveur des formes et l'autorité des hommes de loi avaient été jusqu'ici les idées directrices de toute juridiction ; on mit à leur place la haine des procédures et les préventions défavorables aux juriconsultes. On pensa qu'il était bon de leur enlever la justice et de la confier au bon sens et aux lumières naturelles de ceux « dont les subtilités du droit n'avaient pas faussé l'esprit et le jugement (3) ». Dans son *Traité d'administration de la justice*, Jousse constatait déjà que : « La manière de terminer les procès par la voie des arbitres est une des plus utiles et des plus avantageuses pour le bien public, lorsque les arbitres y emploient toute la diligence nécessaire et toute la fermeté requise pour terminer promptement les affaires. Ils peuvent devenir par là les juges des familles les plus illustres et de toutes les personnes raisonnables, surtout à présent où il y a tant de dangers à avoir des procès et où il en coûte de si gros frais pour les faire terminer, outre les peines et les fatigues que cela occasionne et l'incertitude de l'événement, qui sont tels

(1) Commissaire ; lettres de cachet.

(2) Evocations, commitimus, arrêts de surséance dispensant les grands de payer leurs dettes.

(3) V. CHAMPIONNIÈRE, *Revue de législation*, t. XVII, 1843, p. 242.

aujourd'hui qu'il n'y a personne qui ne doive désirer de s'en rapporter à des arbitres plutôt que de plaider (1). »

L'arbitrage devait nécessairement être le moyen tout indiqué de remplacer une justice vénale, partielle et confuse dans un temps où, sous l'influence de la philosophie humanitaire de la fin du XVIII^e siècle, on rêvait de revenir à l'âge d'or des temps primitifs, à la civilisation naïve et, croyait-on, heureuse de nos premiers pères.

L'arbitrage fut proclamé en tête même de la loi d'organisation judiciaire rendue par la Constituante. « L'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens », dit l'art. 1, « les législatures ne pourront faire aucunes dispositions qui tendraient à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité des compromis (2) ». La crainte d'un retour aux juridictions anciennes, incitait à prendre des dispositions aussi générales et conduisait ainsi à émettre des prescriptions ultra-constitutionnelles, comme la deuxième partie de cet article.

La Constituante toutefois, seule assemblée pondérée, sage et vraiment capable de toutes celles qui se succédèrent à cette époque, comprenait qu'elle ne pouvait détruire tout sans essayer de reconstruire ou

(1) T. II, p. 683.

(2) Loi des 16-24 août 1790, art. 1.

tout au moins de poser les fondements d'institutions nouvelles. Après avoir préventivement fixé d'une façon certaine l'usage de l'arbitrage et du compromis, elle consacrait la presque totalité de la loi des 16-24 août 1790 à la réorganisation complète des juridictions publiques. C'est encore aux principes établis en ces matières par la Constituante que remonte toute notre organisation judiciaire actuelle.

Les Assemblées qui suivirent ne surent pas conserver une telle modération. Toutes les constitutions qui se succédèrent : celles du 3 sept. 1791 (1), du 24 juin 1793 (2), du 22 août 1795 (3) (5 fructidor an III) proclamèrent à l'envi « qu'il ne peut être porté aucune atteinte au droit qu'ont les citoyens de faire prononcer sur leurs différends par des arbitres de leur choix. » Et elles n'en restèrent pas là. « Les souvenirs récents, dit Boncenne, des abus qui, dans les sièges inférieurs, avaient altéré le caractère de la justice et qui même avaient envahi les juridictions souveraines, les efforts autrefois tentés pour enlever aux parties le refuge de la justice arbitrale, tout concourait à montrer comme une précieuse conquête le droit de recourir à des arbitres et à le ranger parmi ces droits du citoyen qu'on venait d'en-

(1) Art. 5, ch. v, tit. III.

(2) Art. 86.

(3) Art. 210.

trevoir à l'aurore de la liberté. Faut-il s'étonner davantage que la Convention poussant jusqu'aux dernières limites l'exagération des idées, ait donné à l'arbitrage une extension désastreuse, qu'elle ait à côté de l'arbitrage volontaire placé le principe de l'arbitrage forcé, qu'elle ait cru réaliser un magnifique progrès en créant des arbitres publics choisis par les assemblées du peuple, statuant en dernier ressort sans procédure et sans frais ? L'idée de l'arbitrage reproduite sous toutes ces formes et sous ces dénominations diverses, devait sourire à ces dogmatiques novateurs, qui, suivant l'expression de l'un d'eux, ne connaissaient d'autre législation que celle de la nature (1). »

Des lois nombreuses donnant à l'arbitrage un développement illimité s'accumulèrent à cette époque. La Constitution de 1793 établit au-dessus des arbitres volontaires « des arbitres publics élus par les assemblées électorales » et chargés de connaître « des contestations qui n'ont pas été terminées définitivement par les arbitres privés ou par les juges de paix (2) ».

Telle était la haine accumulée contre les anciennes

(1) BONCENNE et BOURBEAU, *Procédure civile*, t. VI, p. 423 à 425.

(2) Acte constitutionnel du 24 juin 1793. A. 91 et 94. V. *Revue de la Révolution*, JULLARD, juillet 1899. « La constitution de 1793. »

juridictions que l'on bannissait ainsi jusqu'au nom de juge. Les commissaires que la Convention envoyait en mission dans les provinces, allaient encore plus loin que les termes de la loi. « Il n'était point de procès, dit M. de Moison, qu'ils n'enjoignissent de faire juger par voie d'arbitrage, interdisant même aux parties par similitude des lois du 10 juin 1793 et 17 nivôse an II, d'interjeter appel (1). » Enfin la principale fonction des juges de paix est, aux yeux du législateur lui-même, d'inciter à l'arbitrage. « La principale fonction des juges de paix, dit l'art. 60 de la constitution du 22 frimaire an VIII (13 déc. 1799), consiste à concilier les parties qu'ils invitent dans le cas de non-conciliation à se faire juger par des arbitres. »

L'arbitrage forcé prenait en même temps une extension considérable. La Constituante avait ouvert la voie en imposant l'arbitrage pour toutes les contestations qui s'élèveraient entre membres d'une même famille. En cas de refus d'une des parties d'en nommer, disait-elle, le juge après avoir constaté le refus, désignait d'office des arbitres pour les parties récalcitrantes (2). Cet exemple fut suivi. Le décret du 10 juin 1793, (3) complété par celui du 11 vendé-

(1) DE MERSON, *Traité de l'arbitrage*, n° 5.

(2) Loi du 16-24 août 1790, tit. X, art. 12 à 15.

(3) Sect. V, art. 3 à 5.

miaire an II (1), étendit l'arbitrage forcé à tous les conflits relatifs à des biens communaux ; celui du 10 frimaire an II (2) à tous les différends pouvant se produire au sujet des domaines nationaux soit engagés, soit aliénés. Le décret du 12 brumaire an II l'établit pour tous les litiges touchant à l'ouverture des successions échues aux enfants nés hors mariage et la loi du 17 nivôse an II, sur les donations et successions, soumit également à des arbitres tous les procès relatifs à son exécution (3).

Cet excès de l'arbitrage ne pouvait durer. Des abus multiples et évidents étaient apparus de tous côtés. Les arbitres n'avaient le plus souvent ni l'indépendance ni les lumières nécessaires pour arriver à bien juger. L'immixtion de la politique dans toutes les relations sociales, conférait à leur fonction une très grande instabilité. La conception hâtive des décisions législatives laissait la juridiction arbitrale incomplète et profondément dangereuse.

A peine toutes ces lois étaient-elles appliquées que le besoin d'une réforme se fit sentir. Une loi du 9 fructidor an II dut compléter celle des 17-21 nivôse de la

(1) 2 oct. 1793, art. 1 et suiv.

(2) 30 nov. 1793, art. 24.

(3) 6-10 janv. 1794, art. 54. V. encore le décret du 28 nivôse an III (17 janv. 1795) autorisant les tribunaux de commerce à nommer d'office des arbitres pour la décision des contestations sur augmentation de frais.

même année. Un décret du 17 pluviôse an III réforma une partie de la procédure des tribunaux de famille créés par la loi des 16-24 août 1790. Des lois et décrets enfin du 4 brumaire an IV (26 oct. 1795), 28 brumaire an VII (18 nov. 1798), 11 frimaire an IX (2 déc. 1800), pour assurer plus de garanties aux parties, rétablirent l'appel qu'avaient supprimé diverses dispositions, notamment celle du 5 fructidor an III (22 août 1795).

Toutes ces mesures parurent bientôt insuffisantes. L'usage abusif de l'arbitrage conduisait à une incertitude et même à une injustice si marquées que de nombreuses réclamations s'élevèrent, toujours de plus en plus vives. Une réaction violente se produisit. Il fut question de supprimer l'arbitrage forcé tout entier ; une proposition présentée à cet effet, fut renvoyée par un décret du 13 thermidor an III à l'examen : elle n'en revint pas. Mais l'année suivante, une loi du 3 vendémiaire an IV (26 sept. 1795) supprimait l'arbitrage créé en matière de donations et successions par la loi des 17-21 nivôse an II et le 9 ventôse an IV (28 févr. 1796), l'arbitrage forcé était radicalement aboli en toutes les autres matières où il avait été établi, notamment pour régler les conflits entre parents. « Considérant, dit le Conseil des Cinq-Cents, que l'arbitrage forcé est contraire à la constitution et implicitement supprimé par elle ; considérant néanmoins qu'il importe de faire cesser les incertitudes à cet égard et de rétablir promptement les prin-

cipes dans toutes les parties de l'ordre judiciaire — déclare qu'il y a urgence. » La réaction fut d'autant plus forte que les excès de l'arbitrage avaient été plus caractérisés : on en vint bientôt à exagérer les dangers d'une institution dont il fallait seulement prévenir les inconvénients ; on la proscrivit comme on l'avait exaltée et, sans la fermeté du Conseil des Anciens qui rejeta une résolution arrêtée déjà par celui des Cinq-Cents (1), pour abolir jusqu'à l'arbitrage volontaire, ce moyen de terminer les procès, que la Constituante avait proclamé « le plus raisonnable de tous », allait être effacé de nos lois comme plus dangereux qu'inutile.

On revenait ainsi peu à peu aux institutions que l'on avait condamnées. La justice d'ailleurs s'était entre temps organisée, et les sages principes qui avaient présidé à cette réorganisation ne pouvaient que bannir toute crainte d'un retour aux anciens errements et aux anciens abus de la justice royale. Tant que cette réorganisation fut encore incomplète, l'arbitrage fut le moyen nécessaire, la seule juridiction bonne pour en attendre de régulières. Mais une fois que le pouvoir fut stable, il institua des tribunaux et régla la manière d'y procéder. On y recourut pour l'ordinaire et peu à peu le tribunal des arbitres ne devint qu'une exception de plus en plus rare. Cette

(1) Résolution du conseil des Cinq-Cents du 28 floréal an VI rejetée par le Conseil des Anciens le 19 ventôse, an VII.

évolution était fatale. La Révolution en mettant à bas la royauté et ses institutions, n'avait pas détruit toute son œuvre, et elle ne fit en un certain sens que la continuer et la fortifier. La grande évolution qui entraînait toute la société française vers l'unité absolue, vers la constitution d'un pouvoir central fort et tout puissant, commencée sous les rois, devait aboutir avec la révolution à la formation d'un Etat souverain, seul chargé de subvenir à tous les besoins que l'état de société fait naître entre les individus. La justice a toujours été et est restée dans notre civilisation une fonction sociale et c'est à ce titre qu'elle est tout entière dans les mains de la puissance publique.

Dans leur travail reconstitutif, les assemblées révolutionnaires ne pouvaient pas aller toutefois plus loin que l'ancien régime lui-même et proscrire une institution que l'ancien régime avait toujours admise et quelquefois imposée. La haute autorité de l'ordonnance de 1673 fit d'abord maintenir en matière de société l'usage de l'arbitrage forcé pour toutes les contestations à naître entre les associés. Une loi du 16 nivôse an VI, dans son article 20, reconnaissait à l'ordonnance de 1673 une telle valeur qu'elle se contentait tout simplement d'y renvoyer. Quant à l'arbitrage volontaire, il avait été proclamé si haut et si souvent le meilleur moyen de terminer tous les procès que les diverses constitutions ne pouvaient moins faire que de maintenir dans leurs dispositions, ne fût-

ce que sous une forme toute doctrinale, un principe qui avait été un des soutiens et une des gloires des idées révolutionnaires. Aussi est-il fort naturel que la loi constitutionnelle du 27 ventôse an VIII (8 mars 1800) ait inscrit en tête de ses prescriptions la règle très générale que : « il n'est point dérogé au droit qu'ont les citoyens de faire juger leurs contestations par des arbitres de leur choix ».

Il ne faut pas s'exagérer la portée d'une telle disposition. L'arbitrage sans doute est autorisé ; c'est un droit trop intimement lié à la liberté de tout homme pour qu'il puisse être seulement question de le nier. Mais les inconvénients de l'arbitrage ont été clairement reconnus et avoués par le législateur lui-même, qui lui a enlevé petit à petit sa confiance, pour la donner à l'institution de juridictions spécialement établies et organisées. L'organisation de ces juridictions ne vient que de remplacer l'usage général de l'arbitrage, mais elle n'en a pas encore rendu manifestes par comparaison tous les inconvénients et les dangers. D'autre part, le grand mouvement philosophique de la Révolution se fait toujours sentir et s'il apparaît moins dans les mœurs et les coutumes, il est toujours dans les discours et les proclamations. Au fond, la société se réforme dans le même moule mais sur des principes plus scientifiques et plus équitables. On se rend bien compte que les institutions sociales ne sont pas

faites pour dominer l'homme mais pour le servir ; et on commence à s'apercevoir aussi que l'homme ne doit rien faire pour porter atteinte à l'ordre social. Sans doute est-on encore plus imbu de la première vérité que de la seconde ; mais cette deuxième vérité aussi apparaît peu à peu : elle trouvera dans la rédaction de nos codes sa formule définitive et ses applications.

Il est, en somme, assez difficile de se rendre compte de l'importance des principes généraux émis sur l'arbitrage pendant la législation révolutionnaire. Après avoir eu une portée pratique considérable dans la première période, ils n'ont, semble-t-il, plus guère qu'une influence morale sur les institutions de la deuxième période. Aussi ne doit-on chercher qu'avec une extrême réserve quelle valeur ils ont conservée dans notre organisation actuelle. S'ils ont là une influence extrêmement heureuse sur la formation de nos institutions judiciaires, il faut bien prendre garde de ne pas voir en eux les seules règles directrices de leur organisation. Ils ont été pour elles un instrument puissant de progrès ; ils ne sont pas l'unique fondement sur lequel elles se sont établies. Le principe de la justice publique est, nous l'avons vu ailleurs, dans la conception de l'Etat chargé d'une fonction sociale. Ce principe-là domine l'autre. Les juridictions publiques sont au-dessus de l'arbitrage, de même que les nécessités sociales commandent aux

vellités individuelles. Sans doute toute nécessité sociale écartée, l'arbitrage est entièrement libre ; mais ce n'est au fond qu'une liberté restreinte dans les limites de la loi. En définitive toutes ces dispositions légales de la période révolutionnaire sont extrêmement intéressantes pour nous montrer la formation historique de nos institutions actuelles ; mais elles le sont moins en elles-mêmes par leur valeur intrinsèque, et il serait, croyons-nous, assez dangereux d'y chercher les principes fondamentaux de notre organisation sociale. C'est par la place que tient l'arbitrage dans nos lois modernes et dans nos codes, que nous tâcherons de définir exactement son rôle dans notre société.

Il serait peut-être assez vain de se demander si, durant cette période, l'usage du pacte compromissoire a eu une certaine existence. On ne voit pas en quoi les parties auraient eu à se prémunir d'avance contre des juridictions sans autorité, pour recourir à une procédure qui seule leur est légalement imposée pour régler tous leurs conflits. D'ailleurs le législateur en donnant toutes ses faveurs à l'arbitrage ne songeait nullement à la notion de la clause compromissoire. Si nous relisons le chapitre préliminaire de la loi des 16-24 août 1790, qui fait autorité en la matière, il est facile de s'apercevoir qu'elle n'a en vue que le compromis seul : « L'arbitrage, dit-elle, étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contesta-

tions entre citoyens, les législatures ne pourront faire aucunes dispositions qui tendraient à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité des compromis », et dans les 5 articles suivants qui composent tout le titre de l'arbitrage, appliquant et développant le principe qu'elle a posé, elle détermine les règles du compromis, sans songer jamais que les parties puissent seulement avoir l'idée de convenir avant tout conflit de recourir à des arbitres qu'elles s'engagent à nommer le cas échéant. L'art. 2 de cette loi est particulièrement intéressant et doit être cité, car il semble fort que sa rédaction ait servi de modèle à l'article préliminaire (1003) du titre des arbitrages du Code de Procédure civile : « Toutes personnes, ayant le libre exercice de leurs droits et de leurs actions pourront nommer un ou plusieurs arbitres pour prononcer sur leurs intérêts privés, dans tous les cas et dans toutes matières sans exception ».

CHAPITRE II

L'ARBITRAGE DANS NOS CODES ET LES PREMIÈRES INTERPRÉTATIONS DE LA JURISPRUDENCE

La multiplicité des lois révolutionnaires, l'incertitude de leurs dispositions avaient inspiré un universel besoin de stabilité. On ne pouvait plus se reconnaître au milieu du dédale touffu et compliqué des lois révolutionnaires. Il fallait désormais fixer la législation d'une façon certaine. Ce fut l'objet de la rédaction des différents codes, entreprise au début du XIX^e siècle.

Les dispositions de nos Codes qui concernent l'arbitrage se trouvent dans le Code de Procédure civile, au titre des arbitrages, et dans le Code de commerce au titre des sociétés et à celui des assurances maritimes. Le titre des arbitrages du Code de Procédure civile est particulièrement important. Il se rapporte à l'arbitrage volontaire, dont il établit une réglementation générale.

Après les abus du régime révolutionnaire, le législateur aurait pu se trouver enclin à supprimer to-

talement de nos lois une institution qui avait fait naître tant de difficultés et de perturbation. C'était l'avis de Monnier qui, dans la séance du Conseil du 25 prairial an XII (1) (14 juin 1805) proposait tout simplement la suppression du titre entier, dont on faisait la discussion. « L'usage du compromis, disait-il, n'étant que la satire de l'administration judiciaire, il convient d'obliger les citoyens à ne reconnaître pour juges que les ministres de la loi. » — Treilhard répondit que les tribunaux n'avaient été établis que pour forcer le défendeur à comparaître, mais que le respect dû à la liberté exigeait de ne pas contrarier les parties d'accord sur la manière de trancher leurs différends. Un autre argument de Monier était d'ordre plus juridique : « il semble », disait-il, « que la loi ne devrait pas s'occuper du compromis ; les citoyens ne sont obligés de se soumettre qu'aux juges qu'elle leur donne, pourquoi les forcerait-on de déférer à ceux qu'ils se choisissent eux-mêmes et ne laisserait-elle pas à chacun le droit de leur retirer sa confiance ? » Mais, répondait encore Treilhard, le compromis étant un contrat, et la société étant au plus haut point intéressée à ce que tous les contrats soient respectés, surtout quand ils concourent, comme le compromis, à maintenir la paix publique,

(1) V. LOCRÉ, *Esprit du Code de procédure civile*, t. XXIII, p. 591, n° 8.

il fallait que la loi intervienne pour assurer l'efficacité de l'arbitrage.

L'arbitrage fut donc maintenu dans nos lois ; mais l'on était bien revenu de tous les excès de la période précédente, et l'on aspirait à plus de modération et de raison. Si l'on conserva l'arbitrage, ce n'était plus parce qu'étant le meilleur moyen de résoudre tous les conflits, on ne devait recourir qu'à lui, mais parce qu'étant un procédé souvent plus avantageux que la justice publique pour arriver à la solution des différends on devait le maintenir à côté des juridictions constituées, pour pallier à leurs inconvénients quelquefois, et toujours parce que la liberté des citoyens exige un respect absolu qui n'a de limites que dans les exigences de l'intérêt social.

Le législateur de 1806 revint en somme à la loi des 16-24 août 1790, mais en ne maintenant plus l'arbitrage qu'à la deuxième place après les juridictions constituées. Ce retour à la Constituante ressort très clairement du discours du tribun Mallarmé, dans la séance du corps législatif du 29 avril 1806 (1), pour motiver le vœu d'adoption émis sur le titre des arbitrages par la section de législation du tribunat : « Aucune loi générale », dit-il, « n'avait, avant celle du 24 août 1790, déterminé d'une manière précise les

(1) V. LOCRÉ, *Esprit du Code de procédure civile*, t. XXIII, p. 430 à 444.

cas dans lesquels l'arbitrage pouvait avoir lieu, les formalités auxquelles il était assujéti. Des dispositions éparses dans quelques anciennes ordonnances, dans quelques coutumes, étaient les seules règles qu'il fût possible de consulter, et ces règles n'étaient pas si certaines qu'en les suivant avec la plus complète attention, on pût être assuré de ne pas s'égarer... il est facile de s'apercevoir quels grands inconvénients en résultaient. La loi du 24 août 1790 en a fait cesser quelques-uns et les principaux sans doute; mais conçue en six articles seulement elle n'a pu remédier à tous ». — Elle est tombée elle-même dans de « nouveaux excès » ainsi que celles qui l'ont suivie : « si les lois et la jurisprudence anciennes n'avaient pas donné assez de faveur à l'arbitrage, celle du 24 août 1790 et d'autres plus récentes lui en avaient accordé une exorbitante. Sans doute les idées libérales qui ont présidé à la rédaction de celle-ci ont dû inspirer une grande confiance dans cette espèce d'institution respectable en elle-même mais elles ne devaient pas aller jusqu'à la dénaturer. Le projet qui vous est présenté la rétablit dans ses attributs essentiels et permet d'en attendre tous les avantages qu'un acte de cette nature peut et doit produire. » Dans l'intention des rédacteurs du Code de procédure civile, il s'agissait donc d'opérer une refonte totale de l'institution de l'arbitrage et de revenir à la loi juste et modérée de la Constituante, tout en la réformant et en la dévelop-

pant. Le Code de Procédure civile a réformé la loi des 16-24 août 1790 en enlevant à l'arbitrage dans nos lois la place prépondérante qu'il avait tenue durant la Révolution Française et il n'a fait, d'autre part que continuer son œuvre en perfectionnant l'institution de l'arbitrage et en la transformant en une véritable instance légale. En ce sens ils ont bien rempli le programme que le tribun Mallarmé indiquait pour avoir été celui du législateur de 1790. Après avoir proclamé hautement que « toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition » (1003), ils ont réglementé le compromis, dans sa forme, dans son objet, dans la procédure de l'arbitrage en réglant, à défaut des parties, l'instance et les voies de recours, dans l'exécution de la sentence arbitrale, enfin, en permettant de l'assimiler à un jugement.

Il faut remarquer à cet effet que la portée des nouvelles dispositions ne dépasse pas celle des anciennes et que toute la réglementation établie par le législateur de 1806 ne porte que sur le contrat de compromis, considéré comme l'origine et le principe constitutif de l'arbitrage et il ne semble pas que, à un endroit quelconque, les rédacteurs du Code de Procédure aient songé à régler le contrat générateur d'une obligation préalable de compromettre ; ils n'ont fait en cela que suivre l'exemple des législateurs précédents, y compris ceux de la Constituante et même

ceux de l'ancien Régime. La clause compromissoire ou promesse de compromettre est d'une conception juridique plutôt récente et qui n'a été que le produit d'un usage jusqu'alors trop rare pour avoir fait l'objet d'une disposition légale. C'est en cela que réside précisément toute la difficulté de savoir si notre législation admet la clause compromissoire. Elle porte toute sur le sens donné par la loi aux mots compromis et compromettre, tels qu'ils ont été entendus par les auteurs de notre Code de Procédure civile, principalement dans la rédaction de l'article 1006 qui va faire l'objet de notre étude. Voici le texte de l'art. 1006 : « Le compromis désignera le nom des arbitres et l'objet du litige à peine de nullité ».

Avant de passer à l'étude de ce texte et aux interprétations diverses dont il a été l'objet, nous devons jeter un coup d'œil rapide sur les autres dispositions qui, dans nos Codes, régissent encore la matière de l'arbitrage. L'une d'elles principalement sera pour nous fort intéressante.

C'est dans le Code de commerce que nous trouvons ces dispositions. Les articles 51 et suivants du Code de commerce établissent d'abord en matière de société l'obligation de l'arbitrage pour tous les différends qui pourraient s'élever entre associés. Ce dernier cas d'arbitrage forcé qui survécut à la période révolutionnaire, était un reste de l'ancien droit monarchique et de l'Ordonnance de 1673. Le principe

en fut attaqué avec vigueur par la plupart des tribunaux de commerce, dont on demanda l'avis et dans le sein même du Conseil d'Etat. Les tribunaux d'Ajaccio, de Lyon, de Bordeaux, de Nancy réclamèrent avec instance la suppression de l'arbitrage forcé (1). « L'art. 25 (51 nouveau), dit le tribunal de Bordeaux jusques et y compris l'article 34, doivent être supprimés et remplacés par une rédaction qui ne soumette pas forcément le commerce à se faire juger par des arbitres. C'est une ancienne erreur contre laquelle l'expérience nous a prémunis et qu'il faut détruire... Les arbitres paraissent ici un tribunal mixte et toutes les attributions qu'on leur donne sont autant de dérogations à l'établissement des tribunaux de commerce, qui sont institués pour juger toutes les contestations pour fait de commerce. On ne peut supposer que les arbitres aient plus de lumières ou de probité que les juges. Plusieurs de ces arbitres sont des individus faillis et non réhabilités. Ils exercent cette profession pour de l'argent... et il se trouve que ceux qui n'ont pas su faire leurs affaires deviennent les juges des intérêts et de la fortune des autres commerçants... La loi ne doit pas contraindre les parties à se lier par compromis, si elles ne le veulent pas : autrement la loi serait trop rigoureuse. »

(1) *Observations des tribunaux sur le Code de commerce*, t. I ; Nancy, p. 205 ; Ajaccio, p. 473, t. II ; Bordeaux, p. 165 ; Bruxelles, p. 232 ; Lyon, p. 521.

« L'arbitrage doit être volontaire, dit le tribunal d'Ajaccio ; dégagés de toute responsabilité, les arbitres ne se font pas souvent scrupule de violer ouvertement les lois. » Toutes ces réclamations étaient inspirées par les nombreux abus de l'arbitrage sous la période révolutionnaire. Elles furent reprises dans les séances de préparation du Conseil d'Etat par Corvetto, qui, le 15 janvier 1807 (1), démontra d'une façon très nette tous les obstacles que rencontre cette procédure et les lenteurs qu'elle entraîne, quand les parties ne veulent pas s'y soumettre, et par Jaubert dans la séance du 19 février 1807 (2). Les arguments qu'ils invoquèrent ne furent pas réfutés et M. Regnault de Saint-Jean-d'Angély se contenta d'y répondre que « l'usage attaqué existait depuis plusieurs siècles et que l'ordonnance de 1673 n'a fait que le convertir en loi ». Au fond, l'ère révolutionnaire était encore trop proche et les rédacteurs du Code craignaient, en limitant l'arbitrage plus que les anciennes ordonnances elles-mêmes, de paraître faire une œuvre de réaction. Les grandes phrases dont le tribun Jard Panvillers chercha à envelopper les motifs de ces dispositions légales du Code de commerce ne sont pas pour dissiper cette opinion. « On sait, dit-il, combien il importe aux intérêts du commerce et particulièrement à celui des associés que de pa-

(1) LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, t. XVII, VIII, 27.

(2) LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, t. XVII, nos 4 et 5.

reilles contestations ne subissent pas l'instruction ni les lenteurs d'un jugement ordinaire. Une décision rendue par des arbitres sera bien plus prompte, plus éclairée, elle portera plus le caractère de conciliation qui calme les haines. » Il ne démontre pas ce qu'il avance, il a l'air de croire que les parties se soumettront toujours volontairement à l'obligation de nommer des arbitres, et il passe sous silence les difficultés qui peuvent naître de leur refus d'obéir à la loi qui les oblige. Si l'arbitrage forcé passa dans le Code de commerce, c'est, croyons-nous, à raison de son antiquité. L'organisation d'ailleurs qui lui fut donnée est absolument semblable à celle de l'Ordonnance de 1673 et paraît entièrement inspirée d'elle. Comme dans l'Ordonnance de 1673, les tribunaux sont chargés d'intervenir pour nommer les arbitres, quand les parties se dérobent à leur obligation. Les art. 51 et suivants du Code de commerce donnèrent lieu à de nombreuses difficultés, tenant au caractère très particulier d'une telle juridiction, où il est fort difficile de discerner ce qui revient à la volonté des parties et ce qui ressort à l'autorité judiciaire. Ils devaient être supprimés après une trentaine d'années d'existence par une loi de 1856.

C'est pour des raisons identiques à celles que nous venons d'indiquer qu'à un autre passage du Code de commerce, le législateur admet l'arbitrage en matière d'assurances maritimes. L'ordonnance de 1681

portait que « lorsque la police contiendra soumission à l'arbitrage et que l'une des parties demandera d'être renvoyée devant des arbitres avant aucune contestation en cause, l'autre partie sera tenue d'en convenir, sinon le juge en nommera pour le refusant. » Il faut relire ce passage de l'ordonnance pour comprendre complètement l'article 232 du Code de commerce : « Le contrat d'assurance exprime... la soumission des parties à des arbitres, si elle a été convenue ». Ce dernier membre de phrase, qu'il fut un instant question de supprimer, est la reproduction exacte du commencement de l'article de l'ordonnance. Il y a cette différence avec l'article de l'ordonnance : que celui du Code de commerce est moins complet et n'indique pas les moyens d'exécution à employer, lorsqu'une des parties refusé d'exécuter son engagement. L'identité certaine qui existe entre les deux passages, a permis toutefois de résoudre la difficulté, et la jurisprudence française s'est accordée à imposer dans ce cas, à l'exemple de l'ordonnance de 1681, l'intervention des tribunaux (Marseille, 9 nov. 58. Aix, 25 février 59. Cassa. D. 37, 1, 64). La clause compromissoire ainsi admise en matières d'assurances maritimes est donc encore une survivance d'un ancien usage que l'organisation insuffisante des juridictions royales n'avait pas encore permis de réglementer avant la Révolution Française. Dans la discussion qui prépara la rédaction actuelle du Code, les conseillers

d'Etat eurent un moment l'idée d'établir un véritable arbitrage forcé ; les articles 208 et 209 qui contenaient cette première rédaction furent supprimés sur les instances de Corvetto, prétextant qu'il n'y avait pas parité de raison pour les sociétés de commerce et pour les assurances maritimes et on revint ainsi à l'ordonnance de 1681 qui laissait l'arbitrage purement facultatif (1).

Telles sont toutes les dispositions qui règlent dans nos Codes la matière des arbitrages. Il faut remarquer le peu d'uniformité qui existe entre elles, leur manque de cohésion complet qui tient d'abord à la conception hâtive et distincte de ces Codes, mais surtout à l'influence prépondérante du passé. Nous n'avons pas en somme de théorie générale de l'arbitrage, mais des applications multiples d'une institution dont les règles n'ont pas été jusque-là nettement formulées. En matière commerciale surtout cette incohérence est bien visible. Les deux cas d'arbitrage reconnus ne

(1) La clause compromissoire est admise en matière d'assurances maritimes en vertu de l'art. 332 du Code de commerce. Le législateur français reconnaît à cet arbitrage le caractère d'une sorte d'arbitrage forcé ou plutôt celui d'un arbitrage volontaire *sui generis* à l'égard duquel les règles tracées par les art. 1003 et suiv. du Code de procédure civile se trouvent modifiées. Cass. 23 avril 1902, S. 1903.1.29. D. 1903.1.190. Cass. 13 mars 89. S. 89.2.200. Cass. 18 nov. 78. S. 79.1.11 et surtout Cassation, 27 nov. 60, D. P. 61.1.494. S. 62.1.159 et Paris, 7 août 52, D. P. 54.2.101.

sont que des survivances d'un passé lointain : et leur admission est due plus à l'antiquité de l'usage qu'à des motifs juridiques appréciables en raison. Le titre des arbitrages du Code de procédure civile est sans doute plus complet, mieux compris, plus large d'inspiration ; mais, nous l'avons vu, il est encore bien imparfait, répond uniquement aux nécessités de la pratique courante et ne s'applique pas à tous les cas d'arbitrage. C'est ce que nous allons voir à propos de la clause compromissoire, en étudiant l'article 1006.

La question se pose ainsi : La clause compromissoire est-elle, oui ou non, prise en considération par l'article 1006 ? Est-elle comprise dans le mot compromis ? et, dans ce cas, elle est prohibée, puisqu'elle doit contenir le nom des arbitres et l'objet du litige ; ce qui sera la plupart du temps impossible, à raison de l'incertitude et de l'imprécision de l'objet des litiges prévus. Est-elle au contraire distincte du compromis ? elle est alors complètement valable et il s'agit de déterminer quelle est la sanction de l'obligation de compromettre contenue dans la clause compromissoire.

La jurisprudence française après de nombreuses hésitations s'est rangée à la nullité de la clause compromissoire toutes les fois qu'elle ne répond pas aux conditions exigées par la loi, à l'inverse de la jurisprudence belge, qui en admet la validité. Quant à la

doctrine, elle est très divisée ; deux partis opposés se sont formés, apportant l'un et l'autre des arguments nombreux. Nous étudierons ensemble la jurisprudence française et la doctrine, réservant pour un chapitre final l'étude de la législation belge.

Le peu d'intérêt de notre jurisprudence jusqu'en 1843 nous permettra de passer rapidement sur cette première période. L'affirmative et la négative sur la question de la validité de la clause compromissoire, comptaient alors à peu près le même nombre de partisans, la religion des uns et des autres devait même leur paraître insuffisamment éclairée si nous en croyons les détours et les circonlocutions employés dans les différents arrêts pour éviter de porter une décision catégorique dans un sens ou dans l'autre. Autant que possible, en effet, la Cour s'attache aux circonstances concomitantes à l'affaire ; en un mot, elle juge non point en droit mais en fait. C'est ainsi que furent rendus la plupart des arrêts en la matière jusqu'en 1840 environ. La question de la validité de la clause compromissoire n'est même pas posée : le tribunal étudie seulement si l'objet a été suffisamment désigné pour répondre aux exigences de la loi (Turin, 4 avril 1808. S. 1809, 2, 263). ou si telle contestation rentre dans l'objet du contrat (Paris, 29 nov. 1808. S. 1809, 2, 28), ou si une nomination d'office faite à la partie refusante doit être de nul effet quand celle-ci se décide à nommer un arbitre (Paris, 14 févr. 1809.

S. 1809, 2, 67) ou encore si l'urgence de certains cas doit former une exception à l'arbitrage (Cass. 2 sept. 1812. D. 1812, 1, 615, S. 1813, 1, 84), en toute autre question de pur fait (1). La recherche de ces diverses solutions laisse sans doute préjuger que les tribunaux reconnaissent la clause compromissoire, mais nulle part, ils n'éclairent et n'expliquent la véritable portée de leur décision. Certains arrêts, au contraire, furent plus catégoriques et plus francs et déclarèrent valable la clause compromissoire, parce qu'étant distincte du compromis, elle ne devait pas être soumise aux mêmes conditions que lui et n'avait pas à recevoir ainsi l'application de l'art. 1006. « Attendu que le traité du 24 mai, dit un arrêt de Lyon, ne peut être envisagé comme un compromis constituant un arbitrage, mais comme une simple promesse de compromettre et par conséquent une convention ordinaire que la loi n'a assujettie à aucune formalité particulière qui fixe l'objet du litige et constitue le tribunal arbitral; — attendu qu'une pareille convention n'a rien de contraire à la loi, qu'elle ne porte atteinte ni aux mœurs, ni à l'ordre public. — Attendu que les conventions loyalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (2) ». Tous ces arrêts

(1) Amiens, 5 août 1823. D. 26.2.61. — Cassation, 3 août 1836. D. 36.1.437. — Aix, 5 mai 1840. — Cassation, 2 août 1842. S. 42.1.821. D. 42.1.369.

(2) Lyon, 25 mars 1840. S. 41.2.342. — Voir encore : Paris, 6 juillet 1827. S. 27.2.202. — Bordeaux, 4 avril 29. D. 29.216. —

assimilaient l'arbitrage résultant de la clause compromissoire à un véritable arbitrage forcé et donnaient à l'obligation de nommer les arbitres la même efficacité qu'à celle qui résulte de la loi, par l'intervention des tribunaux : « Attendu, dit le même arrêt de Lyon précité, que les tribunaux peuvent suppléer à la mauvaise volonté de celle des parties qui, pour se soustraire à l'exécution de sa convention refuse de nommer un arbitre, en lui en nommant un d'office (1) ».

A l'encontre de ces arrêts une tendance nouvelle se formait petit à petit dans la jurisprudence qui, entendant le mot compromis dans un sens très large, faisait entrer dans son acception la clause compromissoire et exigeait ainsi pour sa validité qu'elle réponde aux conditions imposées par l'art. 1006. Elle apparut dès 1821 d'abord dans quelques arrêts isolés, puis, prenant vigueur, grandit, jusqu'à devenir prédominante dès 1836 et surtout en 1839 et 1840 (2).

Cassation, 8 juin 1841 et 2 mars 1842. — Bourges, 31 mars 1841. S. 42.2.78. D. 42.2.55. — Colmar, 21 juin 1841. D. 42.2.183. — Nancy, 2 juin 1842. S. 42.2.303. — V. encore : Agen, 1^{er} juin 1843. S. 43.2.328.

(1) V. encore Paris, 14 février 1809. S. 1809.2.67.

(2) Cass., 12 avril 1821. — Paris, 9 janvier 1828. — Limoges, 24 novembre 1832. S. 33.2.111. D. 33.2.197. — Paris, 9 janvier 1838. S. 38.2.199. D. 38.2.124 et surtout Limoges, 5 janv. 39. S. 39.2.238. D. P. 39.2.81. — Limoges, 25 nov. 1839. — Lyon, 9 juin 1840. P. 40.2.496. S. 41.2.341. D. 40.2.229. — Nîmes, 16 mars 40, *Journal de Bioche*, t. VIII, n° 2212. — Nîmes, 16 mars 42. D. 43.4.27. S. 42.2.303.

C'est à peu près vers cette époque que les deux tendances furent nettement opposées. La lutte devait être brève entre elles et se terminer par le triomphe de la nouvelle venue.

C'est de la première partie du XIX^e siècle que date en somme la question de la clause compromissoire. Il faut remarquer qu'elle s'est posée après la formation dans l'Etat d'une justice publique fortement conçue, établie et organisée et que c'est pour se soustraire à l'autorité de cette justice que l'usage de la clause compromissoire naquit et se développa. « Elle satisfaisait assurément à un besoin, dit Molinier, puisqu'on la rencontrait dans un grand nombre d'actes... On l'insérait principalement dans les polices d'assurances terrestres, dans les actes qui constataient les sociétés civiles et les marchés industriels. Elle commençait aussi de s'introduire dans les baux à loyer et à ferme et on la voyait quelquefois figurer dans les partages (1). » Les raisons d'être de cette extension ne sont pas tant, croyons-nous, dans les inconvénients des juridictions d'Etat, qui n'avaient jamais été aussi parfaites, que dans leur insuffisance à régler certains conflits que la multiplicité et le perfectionnement des relations commerciales et industrielles faisaient naître tous les jours plus spéciaux et plus

(1) *Revue critique*, 1852, t. II, p. 216. — Usage constaté aussi dans les cessions d'office. V. conclusions du procureur-général Dupin, Cass., 30 juill. 50. D. 50.1.216.

complexes, tout en exigeant pour eux de plus rapides solutions. Elles sont aussi, comme le fait remarquer Championnière, dans une certaine disposition de l'esprit public que l'habitude de l'arbitrage révolutionnaire avait rendu plus soupçonneux des tribunaux constitués et moins confiants. « C'est une vérité fâcheuse à reconnaître, dit cet auteur, que la défaveur dont l'opinion frappe aujourd'hui la justice régulière... Aucun doute, aucune critique ne s'élève sur la probité, sur la science et sur la dignité de la magistrature. Mais on n'a pas pour la jurisprudence le même respect et la même estime ; aux yeux de beaucoup de gens, et le nombre en augmente tous les jours, la justice est un coup de hasard et l'issue du meilleur procès est incertaine. Cette opinion n'est assurément pas fondée ; quelle que soit l'incertitude et la mobilité de la jurisprudence, les tribunaux seuls en général jugent bien ; cependant on ne peut nier que l'affectation de juger les procès en fait, le dédain manifeste pour les discussions de droit, leur interdiction étrange et habituelle dans certains tribunaux, n'altèrent profondément la justice et ne réfléchissent d'une manière fâcheuse sur l'opinion publique » (1).

Cette absence d'autorité de la magistrature et des tribunaux devait bientôt cesser ; et la jurisprudence

(1) *Revue de législation*, t. XVII, p. 241,

allait sortir de son inertie. C'est vers 1843 que se manifesta ce changement. Vers cette époque, constate Pont (1): « des questions sinon absolument neuves, du moins du plus haut intérêt, ont été portées devant les tribunaux. La jurisprudence s'était jusque-là maintenue dans un état de torpeur.... quelques questions de procédure et l'expropriation pour cause d'utilité publique en avaient fait à peu près tous les frais. » Parmi ces questions nouvelles et importantes dont la jurisprudence donna alors une solution précise et rigoureuse, se trouve justement et en première ligne, celle de la validité de la clause compromissoire.

(1) *Revue de législation*, 1844, t. XVII, p. 252.

CHAPITRE III

LA JURISPRUDENCE ACTUELLE

Nous avons dit comment notre Jurisprudence Française considéra la clause compromissoire et ne l'admit à partir de 1840 que sous réserve des conditions imposées par l'article 1006 du Code de procédure civile, ce qui en réduisait considérablement l'usage. Nous allons voir de près cette jurisprudence, les arguments qui la fondent, les discussions qu'elle a fait naître.

Toute la question au fond repose sur la condition faite à l'arbitrage dans notre législation. L'arbitrage étant un contrat parfaitement valable en vertu des principes généraux du droit consacrés notamment dans le Code civil par les art. 1108 et 1134 et dans le Code de procédure civile par l'art. 1003 qui dispose que « toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition », si la jurisprudence est d'avis qu'il n'est point contraire à l'ordre public, le pacte compromissoire sera abso-

lument libre et ne pourra recevoir de limitation que d'une disposition légale restrictive. Avant de savoir si l'art. 1006 s'applique à la clause compromissoire pour en limiter la portée, il faudrait donc savoir si l'arbitrage n'est possible qu'autant qu'il est légalement autorisé, ou s'il est toujours valable, à moins qu'une loi spéciale ne le restreigne ; autrement dit, la jurisprudence considère-t-elle l'arbitrage comme une dérogation à un principe d'ordre public et donne-t-elle ce caractère aux règles d'organisation judiciaire ?

En nous reportant aux nombreuses décisions rendues à ce sujet, l'opinion de la jurisprudence paraît assez nettement établie dans le sens affirmatif. « Attendu, dit la Cour de Nîmes (1), que l'arbitrage étant une exception au droit commun, une dérogation à l'ordre public des juridictions, doit, pour être valable, être soumis à la plus exacte observation des conditions et des règles prescrites par la loi. » D'autres arrêts sont encore plus explicites : « Attendu, observe la Cour de Grenoble (2), que la règle que les contestations entre les particuliers sont soumises et jugées par les tribunaux institués, forme le droit commun, que le pouvoir qui est donné aux parties litigantes de se choisir des juges pour la décision des difficul-

(1) Nîmes, 16 mars 1840 ou 1842. *Journal de procédure de Bioche*, t. VIII, n° 2242.

(2) Grenoble, 14 nov. 1843. D. 44.1.100. Devill. et Car. 44.2.58.

tés qui les divisent, est une dérogation à l'organisation fondamentale de la justice, une véritable exception à la loi générale ; que, pour user de cette exception, il est nécessaire de se conformer strictement aux conditions prescrites par la loi ». « Attendu, dit encore la Cour de cassation (1), que la compétence des tribunaux étant d'ordre public, il ne peut y être dérogé que sous les conditions prescrites par les lois. » Nous pourrions reproduire sans plus d'intérêt tous les arrêts contenant de pareils attendus : il nous suffira toutefois de constater qu'ils sont fort nombreux et paraissent établir nettement la jurisprudence en la matière (2). Leur conséquence, c'est que l'arbitrage formant un droit exceptionnel, comme une sorte de concession de la justice civile, n'est possible qu'autant qu'il est autorisé, dans la mesure où la loi l'établit. D'où il faudrait conclure aussi qu'une déci-

(1) Cassation, 23 mai 1860. S. 60.1.799. D. P. 60.1.243 et 5 juillet 1879. S. 79.1.364. D. P. 80.1.106.

(2) V. les arrêts précités, et encore : Paris, 9 janv. 1843 et 31 janv. 1843. S. 43.2.62. — Cassation, 16 juill. 1843. S. 43.1.562. — Cassation, 2 déc. 1844. D. P. 45.1.40. S. 45.1.79. Devill. et Car. 1845.1.79. — Rouen, 8 déc. 1846. D. 47.2.116. S. 47.2.262. — Cassation, 18 juin 1872. S. 72.2.78. D. 72.2.17 et 72.1.172. — Cassation, 26 juin 1886. D. P. 87.1.55. — Paris, Paix, 9 mars 1894. *Pandectes françaises*, 95.2.138. — Oran, 4 juin 1894 et Seine, 17 juillet 1894. D. 95.2.77. — Cassation, 27 janv. 1896. S. et P. 96.1.213. — Pau, 28 déc. 1891. S. 92.2.297. D. 92.2.97. — Metz, 31 août 1843. D. 44.1.99 et 100. Cassation, 6 juin 1846. S. 46.1.618. P. 46.2.422. D. 46.1.381.

sion légale expresse serait nécessaire pour valider la clause compromissoire que si l'art. 1006 n'est pas cette décision, la clause compromissoire est radicalement nulle, et qu'elle le demeure encore au cas où, cet article lui donnant force légale, elle ne se conformerait pas aux conditions qu'il lui impose.

Cette théorie, soutenue par quelques auteurs (1), aboutit à des conséquences logiques et forcées que la jurisprudence n'a pas toutes admises : ce qui peut nous laisser supposer que la forme de ces dispositions a peut-être dépassé sa pensée. En considérant en effet la façon dont elle a déterminé la nullité de la convention d'arbitrage qui contrevient aux conditions imposées par l'art. 1006, il est clair qu'elle arrive à un résultat absolument opposé, à celui qu'on est en droit d'attendre d'elle. D'après les principes qu'ils ont proclamés dans les différents arrêts que nous avons cités plus haut, les tribunaux devaient considérer la nullité des conventions d'arbitrage qui ne désignent ni le nom des arbitres, ni l'objet du litige comme étant d'ordre public, c'est-à-dire absolues. Or, nous les voyons justement admettre que cette nullité peut être couverte par la comparution ultérieure des parties devant les arbitres et par la désignation faite à ce moment des objets en litige (2).

(1) MASSÉ, *Droit commercial*, III, n° 1547, p. 126. — MOLINIER, *Revue critique*, t. II, 1852, p. 228.

(2) Grenoble, 10 juin 1844. D. 45.2.25. S. 44.2.647. — Cassa-

C'est donc que cette nullité ne sanctionne point une disposition d'ordre public, contrairement à ce qu'avait déclaré solennellement la jurisprudence. Un arrêt de cassation du 26 juillet 1893 (1) ne nous laisse aucun doute à ce sujet. « Attendu, dit-il, que si la nullité, qui, aux termes dudit article (1006), résulte du défaut de désignation, n'étant pas d'ordre public, est susceptible d'être couverte. » D'autre part, nous voyons que le moyen résultant de cette nullité ne peut être proposé en tout état de cause, comme il est d'usage pour tous les moyens d'ordre public (2). Enfin, en droit international privé, il est généralement admis par tous les tribunaux qu'un Français peut toujours renoncer à la juridiction de son pays, conclure avec un étranger un contrat d'arbitrage répondant aux lois du pays de cet étranger, et en demander au besoin l'exécution en France devant un tribunal français : « Attendu, dit un arrêt de Cassation du 21 juin 1904 (3), que s'agissant d'une con-

tion, 28 janv. 1846. D. P. 46.1.245 et 246. S. 46.1.635. — Cassation, 18 mars 1846. S. 46.1.786. — Bordeaux, 20 mai 1845. D. 49.5.17. S. 46.2.399. — Besançon, 7 juill. 1854. D. P. 55.2.142. S. 54.2.733. — Paris, 18 mars 1873. D. S. 74.2.137. S. 74.2.285. — Paris, 9 mars 1887. S. 90.2.197. P. 90.1.1180. D. 88.2.49.

(1) D. 94.1.61. S. 94.1.215.

(2) Cassation, 3 janv. 1844. S. 44.1.337. D. 44.1.75.

(3) S. 1906.1.22. D. 1906.1.395. — V. encore : Poitiers, 28 oct. 1907. D. 1908.5.4. — Cassation, 17 juill. 1899. D. 1904.1.225. — Paris, 5 juill. 1894. S. 96.2.210. — Paris, 2 mars 1892. S. 96.2.37. — Paris, 9 mars 1887. S. 90.2.197. P. 90.1.1180. D. 88.2.49. —

vention formée en pays étranger entre personnes de nationalité différente, la dite clause doit produire effet en France et s'impose aux tribunaux français si elle n'est contraire à l'ordre public. Attendu que la nullité édictée par l'art. 1006 ne saurait être considérée comme étant d'ordre public ».

L'esprit de la législation française d'ailleurs n'est pas si contraire à l'arbitrage qu'elle ne l'admette que comme un droit exceptionnel dont l'exercice ne doit se produire que lorsqu'il est légalement prévu et permis. S'il n'est plus la juridiction principale et essentielle, il a toujours socialement un rôle tout aussi utile que celui des tribunaux. Les procès par leur publicité, les scandales et les inimitiés qu'ils déchaînent, nuisent souvent aux intérêts généraux autant qu'aux intérêts privés et amoindrissent, en se multipliant, la prospérité d'un pays. La paix étant l'unique objet de l'organisation sociale, un législateur ne saurait proscrire aucun des moyens qui sont à même de l'obtenir et de la conserver, et il a même un particulier intérêt à favoriser ceux qui peuvent arriver au règlement le plus satisfaisant des conflits. Il faut voir aussi que si le recours aux tribunaux est une nécessité qui s'impose, il n'est de rigueur que dans un complet désaccord des parties et ne doit pas survivre à leur entente préalable. La transaction n'est-elle pas

Chambéry, 1^{er} déc. 1866. S. 67.2.182. — Paris, 41 janv. 1865. S. 66.2.147. D. 65.2.188. — Cassation, 21 nov. 1860. S. 61.1.331.

dans le vœu de la loi, et le préliminaire de conciliation n'est-il pas considéré à peu près comme une mesure d'ordre public (1) ; il ne saurait en être différemment de l'arbitrage, et l'on ne voit pas comment une institution aussi éprouvée et souvent si précieuse pourrait porter atteinte à la constitution de la société.

Quant à expliquer la contradiction manifeste qui existe entre les principes admis par la jurisprudence et les applications qu'elle en a faites, on doit y arriver facilement par la façon dont il faut entendre le caractère d'ordre public donné par le législateur aux règles d'organisation judiciaire. Ce qui est d'ordre public dans l'institution de la justice, c'est moins l'institution elle-même que son objet : le maintien de la paix publique. On peut parfaitement déroger à l'ordre légal des juridictions, sans compromettre l'ordre social, si la dérogation tend à la même fin que l'institution délaissée. C'est ainsi, croyons-nous, qu'il faut comprendre la jurisprudence et considérer l'arbitrage comme parfaitement conforme à l'intérêt social et à l'esprit de notre législation.

Il reste ici dès lors à savoir si le contrat d'arbitrage, étant entièrement valable d'après les principes généraux du droit, sans qu'il faille une prescription

(1) V. BONGENNE, *Procédure civile*, t. II, p. 47. — BOITARD, *Id.*, t. I, p. 170. — RODIÈRE, *Id.*, t. II, p. 57.

spéciale pour légitimer son existence, il ne reçoit pas des dispositions légales une réglementation qui en limite la portée et l'empêche notamment de se constituer sous la forme générale de la clause compromissoire.

L'art. 1006 est très intéressant à ce sujet : « Le compromis, y est-il dit, désignera les objets en litige et les noms des arbitres à peine de nullité ». Suivant l'interprétation que l'on donne du mot compromis, dans cet article, on arrive à des solutions absolument opposées. Si, par ce mot, on entend le contrat, par lequel les parties en désaccord s'entendent sur le choix de leurs arbitres, la compromissaire, étant une promesse de compromettre, échappe aux prescriptions de 1006 et n'étant réglée par aucune autre disposition expresse, devient entièrement valable, d'après les principes généraux indiqués plus haut ? Si, au contraire, on donne au mot compromis le sens très large d'un accord à l'effet de recourir d'une façon générale à l'arbitrage, la clause compromissoire n'étant qu'une variété du compromis, sinon le compromis lui-même, ne devient possible que sous condition de ne point contrevenir aux prescriptions imposées par l'article 1006.

C'est à la deuxième solution que s'est manifestement rangée la jurisprudence depuis 1840. Un arrêt à la date du 9 juin de cette même année déclare que, « en ce qui concerne les arbitrages volontaires, comme

serait celui dont il s'agit, qu'il est hors de doute que suivant l'article 1003 du Code de Procédure civile, toute personne peut valablement *compromettre, c'est-à-dire, convenir de nommer des arbitres*, pour le règlement des droits dont elle a la libre disposition, mais qu'il faut, conformément à l'art. 1006 du même Code, que le compromis désigne les objets en litige et les noms des arbitres à peine de nullité (1) ». La jurisprudence ne s'est pas modifiée depuis cette époque et l'on pourrait citer une grande quantité d'arrêts rendus dans le même sens (2). Si la plupart d'entre

(1) Lyon, 9 juin 1840. P. 40.2.496. S. 41.2.341. D. 40.2.229.

(2) V. Limoges, 24 nov. 1832. S. 33.2.111. D. P. 33.2.197. — Limoges, 5 janv. 1839. S. 39.2.228. D. P. 39.2.81. *Journ. de procédure de Bioche*, t. VIII, n° 2212. — Lyon, 9 juin 1840, précité. — Nîmes, 16 mars 1840 ou 1842. D. 43.4.27. S. 42.2.303. *Journ. de Bioche*, t. VIII, n° 2212. — Paris, 9 janv. et 31 janv. 1843. S. 43.2.62. — Paris, 7 mars 1843. D. 44.4.30. S. 43.2.141. — Cassation, 10 juill. 43. S. 43.1.561. D. 43.1.433. — Douai, 30 août 1843. Devill. et Car. 43.2.488. D. 44.2.65. — Metz, 31 août 1843. D. 44.1.99 et 100. — Grenoble, 14 nov. 1843. Devill. et Car. 44.2.58. D. 44.1.100. — Rouen, 4 déc. 1843. Devill. et Car. 44.2.58. D. 44.1.100. — Cassation, 21 févr. 1844. Devill. et Car. 45.1.79. D. ou J'A. 44.1.97. — Caen, 20 avril 844. D. Rep. Arbitrage, n° 454. — Cassation, 2 déc. 1844. D. P. 45.1.40. S. 45.1.79. Devill. et Car. 45.1.79. — Agen, 17 déc. 1844. D. 45.4.27. — Cassation, 6 janv. 1846. S. 46.1.618. P. 46.2.422. D. 46.1.381. — Seine, 1^{er} juin 1846. S. 48.2.381. — Rouen, 8 déc. 1846. D. 47.2.116, S. 47.2.262. — Colmar, 28 nov. 1849. D. P. 52.2.201. S. 51. 2. 331. — Cassation, 30 juillet 1850. S. 50.1.577. D. 50.1.216. — Bordeaux, 28 août 1851. S. 52.2.15. D. P. 53.5.22. — Cassation, 23 mai 1860. S. 60.1.799. D. P. 60.1.243. — Cassation, 18 juin 1872. D. 72.1.172. — Paris, 18 mars 1873. S. 74.2.285.

eux sont beaucoup moins explicites sur la définition donnée au mot compromis, du moins il la sous-entend en se contentant de constater « qu'on ne compromet pas valablement, lorsqu'on ne désigne pas l'objet du litige et les noms des arbitres » (1), ou que « la clause compromissoire est soumise pour sa validité aux conditions exigées pour le compromis lui-même par l'art. 1006 (2) ».

Cette interprétation qui est cellé d'une grande partie des auteurs juridiques (3) a été combattue très

D. P. 74.2.137. — Dijon, 24 juill. 1874. S. 75.2.73. — Cassation, 15 juill. 1879, S. 79.1.364. D. P. 80.1.106. — Cassation, 2 mars 1880. S. 81.1.10. D. P. 80.1.342. — Bordeaux, 31 mai 1880, S. 81.2.8. — Amiens, 10 juin 1881. S. 82.2.212. D. P. 82.2.164. — Cassation, 28 juin 1886. D. P. 87.1.55. — Cassation, 7 mars 1888. D. 89.1.32. S. 88.1.296. — Toulouse, 14 janv. 1889. S. 90.2.231. — Agen, 12 mars 1891. S. 91.2.216. D. 91.2.373. — Pau, 28 déc. 1891. S. 92.2.297. D. 92.2.97. — Cassation, 26 juill. 1893. D. 94.1.61. S. 94.1.215. — Paris, Paix, 9 mars 1894. *Pandectes françaises*, 95.2.138. — Oran, 4 juin 94 et Seine, 17 juill. 94. D. 95.2.77. — Paris, 5 juill. 94. S. 96.2.210. — Cassation, 27 janv. 96. S. 96.1.213. — Paris, 3 avril 1901. S. P. 1902.2.101. — Lyon Commerce, 5 janv. 1906. D. 1906.5.57. — Cassation, 12 févr. 1906. S. 1906.1.492. D. 1907.1.245.

(1) Cassation, 10 juill. 1843, précité.

(2) Cassation, 2 mars 1880, précité.

(3) MOLINIER, *Revue critique*, t. II, 1852, p. 231. — MERLIN, *Questions de droit*, au mot Arbitrage, § 15, p. 433 à 440. — BONCENNE, *Procédure civile*, t. VI, p. 518. — HOCHÉ, *Thèse*, Paris, 1879, p. 203. — Conclusions de l'avocat général Chéssain : Rouen, 4 déc. 1843. S. 44.2.61. D. 44.1.100. — Conclusions du procureur général Dupin. Cassation, 30 juillet 1850. S. 50.1.577. D. 50.1.216.

énergiquement. On s'est fondé pour cela sur la distinction que nous avons indiquée plus haut entre le compromis et la promesse de compromettre. Le compromis seul visé par l'article 1006, serait, disent les partisans de cette distinction, la convention par laquelle les parties qui ont convenu préalablement de recourir à l'arbitrage s'entendent sur les formes de cette procédure et sur le nom des arbitres. La convention antérieure qu'elles ont passée, au contraire, constitue la clause compromissoire. Ce sont deux conventions distinctes et l'on ne saurait tirer des conditions requises pour la validité de l'une des conclusions sur la licéité de l'autre : « Le compromis, disait l'avocat général Hello⁽¹⁾, est un contrat nommé qui a ses règles particulières ; la promesse d'en passer un est un contrat innommé sujet aux règles générales des conventions. Ces règles générales défendent-elles de promettre le contrat avant le contrat même. N'est-ce pas faire violence à la liberté des conventions d'empêcher les parties de se préparer d'avance non pas encore par le choix des juges, mais par le choix de la juridiction, dont l'art. 1003 les proclame maîtresses... ; les choses futures peuvent être valablement l'objet des conventions ». « Le Code de Procédure, ajoute-t-il, se place après la naissance de la contestation, au moment de la rédaction du

(1) Cassation 10 juillet 1843. S. 43.1.561. D. 43.1.433.

compromis, quand va commencer ce qu'il régit spécialement, une procédure ; ... Mais quant à la promesse de compromettre, acte qui précède nécessairement le compromis, mais qui ne le constitue pas, puisqu'il ne contient qu'une soumission anticipée, *a priori* à la juridiction arbitrale, le Code de Procédure civile ne peut l'avoir en vue, parce qu'il n'y a point encore lieu à procéder ; c'est un acte qui rentre dans le domaine des conventions ordinaires. » Cette distinction une fois établie (1), tous les auteurs qui ont écrit en faveur de la clause compromissoire, argumentent pour en justifier l'existence de la liberté des conventions (2). Ils comparent la clause compromissoire à la promesse de vente, valable aux termes de l'art. 1589 du Code civil (3), et ils prétextent qu'on ne peut soumettre la promesse de passer un contrat aux mêmes règles que ce contrat (4). Enfin, dit-on, n'est-il pas étrange que si le législateur eût voulu

(1) V. BIOCHE et GOUJET, *Dictionn. de procédure civile et commerciale*, 5^e éd. 1866. V. Arbitrage, n^o 123. — DALLOZ, *Répertoire*, v. Arbitrage. GLASSON, *Procédure civile*, t. II, p. 912, n^o 1859. — ALAUZET, *Assurances*, t. I, p. 392. — WEILL, *Thèse*, Paris, 1906, t. LXXVIII, p. 281 et 282.

(2) MOLINIER, *Revue crit. de jurisprud.*, 1852, t. II, p. 226. — DROUIN, *Thèse*, Paris, 1886, p. 156. — CARRÉ et CHAUVEAU, VI, quest. 3274 et 3279 bis. — PARDESSUS, *Droit commercial*, V, n^o 1391. — RODIOU, *Procédure civile*, III, p. 39. LA HIRE et JAY, *Manuel*, n^o 148, et la jurisprudence antérieure à 1843.

(3) MOLINIER, déjà cité, pp. 231 à 236. — RODIÈRE, déjà cité.

(4) MOLINIER, déjà cité.

prohiber une convention si usuelle, il eût employé les termes vagues de l'art. 1006 et ne l'eût prohibé qu'implicitement (1), sans déclarer nettement, par exemple, que la clause compromissoire est nulle.

On a répondu à tous ces arguments avec plus ou moins de bonheur et de précision. La comparaison de la clause compromissoire à une promesse de vente a d'abord paru suspecte. L'art. 1589 exige, pour que la promesse de vente vaille vente, qu'elle en contienne les éléments essentiels, qu'il y ait accord sur la chose et sur le prix : comment une promesse de compromettre vaudrait-elle dès lors comme compromis, alors qu'elle ne désigne ni le nom des arbitres ni l'objet du litige. C'est ce qu'a pensé la jurisprudence. Nous trouvons dans le jugement de Lyon du 9 juin 1840 (2), le passage suivant : « La loi reconnaît la promesse de passer un contrat comme valable, quand la promesse contient les conditions essentielles du contrat lui-même ; ... la simple promesse de compromettre dépourvue des conditions essentielles énoncées dans l'art. 1006 n'autorise pas plus le juge à préciser le litige et à nommer les arbitres, qu'une simple promesse de vendre ne lui donnerait le droit

(1) DROUIN, *Thèse*, Paris, 1886, p. 150 à 153.

(2) Lyon, 9 juin 1840. P. 40.2.496. S. 41.2.341. D. 40.2.229. — V. encore : Agen, 17 déc. 1844. D. 45.4.27, n° 7. — Caen, 20 avril 1844. D. Rep. Arbitrage. n° 454. — Grenoble, 14 nov. 1843. Devill. et Car. 44.1.100.

de fixer le prix de l'objet vendu. » Sur appel de ce jugement, la Cour ne fit que confirmer ces déclarations : « On ne conçoit pas, dit-elle, comment une promesse de compromettre pourrait être l'équipollent valable d'un compromis, sans qu'elle ait exprimé comme le compromis lui-même soit les objets actuels du litige, soit les noms des arbitres; ou, en d'autres termes, qu'une promesse de compromettre peut, sans avoir les caractères propres et constitutifs d'un compromis, avoir cependant plus de latitude et d'efficacité que lui (1). »

Il y a trop de différences entre les deux cas pour qu'on puisse utilement les comparer. Nous croyons d'ailleurs avec de nombreux auteurs, que l'art. 1589 a une importance toute spéciale et qui ne peut guère s'étendre à d'autres cas similaires. Il ressort en effet des nombreuses discussions auxquelles il a donné lieu, que cet article sanctionne comme une vente, une promesse qui en réunit tous les caractères. Malgré l'avis de quelques jurisconsultes qui voudraient l'appliquer à la promesse unilatérale de vente (2), la doctrine est généralement d'avis qu'il ne prend en considération que la promesse bilaté-

(1) V. MERLIN, *Questions de droit*, § 15, p. 433 à 440, au mot : Arbitrage. — HOCHÉ, *Thèse*, Paris, 1879, p. 203.

(2) LAROMBIÈRE, t. I, p. 430 à 433, et PLANIOL, *Manuel*, t. II. Les termes de M. Planiol sont contradictoires.

rale (1), c'est-à-dire celle qui implique le double engagement de vendre d'une part et d'acheter de l'autre. Il est clair que quand ce double engagement précise en même temps la chose et le prix, on se trouve en présence d'une vente véritable. C'est justement ce qui a trompé quelques interprètes de nos Codes ; car, ils se sont demandé quelle pouvait bien être alors l'utilité de l'art. 1589. Ils n'ont pas assez remarqué sans doute l'embarras de nos législateurs de 1806, pour lesquels l'application du principe, nouveau alors, que la seule volonté des parties était susceptible de transférer la propriété, faisait naître toutes sortes de difficultés que nous ne soupçonnons même plus. Il faut voir en effet que dans l'ancien droit, le seul consentement dans la vente n'était pas capable d'opérer le transfert de la propriété ; la vente, telle que nous la comprenons aujourd'hui, était assimilée à une simple promesse et n'avait pas plus d'effet qu'elle (2). Quand notre législateur voulut déduire les conséquences du transfert par le seul consentement, il se heurta à cette assimilation ancienne de la promesse de vente et de la vente, et se crut obligé, après avoir énoncé le principe du transfert pour la vente, de déterminer quand le même principe trouverait

(1) AUBRY et RAU, t. V, p. 4 à 7. — TROPLONG, *De la vente*, t. I, p. 175. — BAUDRY, *Manuel*, t. III et FURIOUX LAURENT, t. XXIV, pp. 11, 17 et 18.

(2) POTHIER, t. III, p. 190.

son application dans la promesse de vente. La valeur de l'art. 1589 est ainsi à nos yeux toute historique, et on ne saurait guère trouver en lui un argument d'analogie en faveur de la validité de la clause compromissoire.

Il ne faut pas moins retenir de cette assimilation du contrat avec la promesse d'en passer un, qu'il y a entre les deux actes un élément conventionnel commun et que tout contrat au fond se réduit toujours à la promesse de le former. Quand deux personnes s'entendent sur les différents éléments dont l'ensemble constitue la vente, c'est qu'elles sont préalablement d'accord sur la nécessité de cette entente. C'est une considération qui va sans dire, mais encore faut-il en tenir compte. Sans doute le plus souvent dans la vente, c'est l'accord des parties sur la chose et le prix qui font préjuger leur mutuelle intention de vendre et d'acheter; mais qu'arrive-t-il quand cette intention est seule exprimée? Nous avons une simple promesse de vente et c'est d'elle que l'article 1589 dit qu'elle doit porter sur la chose et le prix pour valoir la vente. Il n'en est pas différemment du compromis et de la promesse de compromettre. Tout compromis se ramène à une promesse de compromettre, contenue mais sous-entendue dans la constitution de l'arbitrage, tandis qu'elle se manifeste ouvertement et seule dans la clause compromissoire. Les deux conventions identiques au fond

ne diffèrent que par la tangibilité des éléments sur lesquels porte la convention ; nom des arbitres, objet du litige, procédure. Ces divers éléments forment dans les deux cas l'objet même de l'accord des parties : mais tandis que dans l'un, ils sont définitivement fixés, leur constitution dans l'autre, liée à la survenance d'un litige futur et incertain, qui en suspend l'existence, devient l'objet d'une véritable obligation de faire, dont l'exécution immédiate dans le compromis en empêchait justement la formation distincte. La clause compromissoire est ainsi le contrat type, dont le compromis n'est lui-même qu'une variété et une transformation ; et, on pourrait parfaitement définir ce dernier : une promesse de compromettre rendue effective par l'existence d'une contestation à résoudre.

Est-ce cette promesse générale de compromettre, ou est-ce le compromis, dont notre législateur a traité dans le titre des arbitrages. On voudrait prendre prétexte de ce fait que le législateur ne parle que du compromis proprement dit, de sa formation et de ses effets, procédure et sentence arbitrale, pour faire admettre que la promesse de compromettre n'étant prise nulle part en considération, il ne s'agit point d'elle et elle demeure entièrement valable sous l'unique règle de la liberté des conventions. C'est ce que disait en propres termes l'avocat général Hello dans l'arrêt de cassation précité du 10 juillet 1843.

Le raisonnement est très juste, une fois prouvé que si le législateur ne parle que du compromis, c'est qu'il n'a prévu que lui et n'a pas réduit par élimination tout l'arbitrage à ce seul contrat. Or, l'art. 1006 peut à ce sujet inspirer quelque doute ; il faudrait, pour que l'argument donné de ce que la promesse de compromettre n'est nullement considérée dans le titre des « Arbitrages » prouver, que ce n'est pas elle qu'ont en vue, pour la restreindre, les rédacteurs du Code de Procédure civile, dans le mot, compromis, de l'art. 1006. La plupart des auteurs qui ont écrit en faveur de la validité de la clause compromissoire n'ont voulu voir dans ce mot que le contrat constitutif qui précède et organise l'arbitrage, mais ils y ont été déterminé plus par le sens moderne du mot que par celui que les rédacteurs du Code ont pu lui donner. Si nous nous reportons à l'art. 1006, il semble bien d'ailleurs que l'argumentation établie en faveur de la clause compromissoire, tombe d'elle-même. D'après le texte en effet, à quel contrat le législateur confère-t-il en définitive le titre de compromis ? Ce ne peut être au contrat, auquel nous donnons ce nom aujourd'hui, puisqu'il le considère indépendamment de ses éléments essentiels, la désignation de l'objet du litige et le nom des arbitres, à seule fin d'exiger de lui qu'il comporte ces deux éléments. Or, qu'est-ce qu'un compromis qui ne contient ni le nom des arbitres ni l'objet du litige sinon une simple

promesse de compromettre. C'est pour la validité de cette promesse que l'article 1006 exige la présence de la double condition qui distingue à nos yeux le compromis (1). On pourrait, d'après cette interprétation, transcrire ainsi, dans la langue juridique moderne, l'art. 1.006 : « La promesse de compromettre ne sera valable que lorsqu'elle constituera un compromis. »

Cette interprétation textuelle de l'art. 1006 est sans réplique, et les partisans de la validité de la clause compromissoire l'ont si bien compris qu'ils ont tourné d'un autre côté leur discussion : « Pour savoir le vrai sens de l'art. 1006, dit M. Glasson, il faut le rapprocher de l'art. 1005 qui le précède. Cet article 1005 ne s'occupe pas du contrat de compromis, mais de l'acte instrumentaire qui le constate et doit le prouver par écrit. Or, c'est précisément aussi à l'écrit et non au contrat lui-même que se réfère, l'art. 1006 et il entend exiger que cet écrit mentionne l'objet du litige et les noms des arbitres. Autrement il y aurait nullité non pas du compromis, mais de l'écrit qui le constate (2) ». A l'appui de cette opinion, on fait remarquer que souvent les rédac-

(1) V. CHAMPIONNIÈRE, *Revue de législation*, t. XVII, 1843, p. 244 à 250.

(2) V. GLASSON, *Code de procédure civile*, t. II, p. 913 (1859) et BOITARD, t. II, p. 670. — MOLINIER, *Revue critique*, t. II, 1852, p. 231 à 236.

teurs de nos Codes confondent sous une même dénomination un contrat et l'acte qui en constate la conclusion (dans l'art. 1582 relatif à la vente notamment), et que dans un article voisin, 1005, nous trouvons indubitablement l'expression même dont se sert 1006 employée à désigner l'acte destiné à faire la preuve. Il serait peu vraisemblable, dit-on, que le législateur ait donné à quelques lignes d'intervalle un sens différent au même mot. On ajoute d'ailleurs que l'art. 1006 complète très bien les dispositions de l'art. 1005 et que le législateur, après avoir imposé la nécessité d'une preuve par écrit, était naturellement désireux de rendre cette preuve la plus complète possible : ce qu'il ne pouvait faire qu'en exigeant de l'écrit les désignations qu'il impose dans l'art. 1006. Ce dernier s'appliquant ainsi à l'acte instrumentaire destiné à la preuve, laisserait entièrement libre la faculté de compromettre et légitimerait la clause compromissoire.

Cette explication est très ingénieuse, mais elle ne se fonde malheureusement sur aucune raison complètement concluante. De ce que l'art. 1006 est après l'art. 1005, on peut sans doute trouver entre ces deux articles des affinités ; mais est-ce au point de considérer l'un comme une conséquence et une suite de l'autre ? Rien n'indique d'une façon sûre que le mot compromis de l'art. 1006 désigne plutôt l'acte que la convention d'arbitrage. Le rapprochement est

sans doute très intéressant, il attire, mais il ne convainc pas et laisse par lui-même la question pendante.

On peut objecter d'ailleurs qu'à supposer exacte cette interprétation, on supprime ainsi pour la clause compromissoire un de ses meilleurs modes de preuve ; tout écrit, en effet, qui constatera l'existence d'une promesse de compromettre, si elle ne contient ni le nom des arbitres ni l'objet du litige, tombera sous l'application de l'art. 1006. Autrement dit, il sera impossible de prouver par écrit une chose compromissoire. Aussi peut-on dire que cette interprétation reste très douteuse.

Il est fort difficile au fond de discerner exactement quelle portée les rédacteurs du Code ont voulu donner au mot compromis et il serait bien vain de croire, parce qu'ils n'ont point parlé de la clause compromissoire, qu'ils n'y aient point pensé et n'aient pas voulu la réglementer au même titre que le compromis. S'ils n'ont pas employé le mot, peut-être est-ce tout simplement parce que l'usage ne l'avait pas encore assez répandu dans la langue pour que ce nouveau contrat ait reçu définitivement une dénomination distincte de celle du compromis. La convention sans doute est ancienne, mais le mot ne l'est peut-être pas autant.

Quant à se baser sur la forme générale du titre des arbitrages, arrive-t-on à une conclusion plus pré-

cise? Le silence du législateur sur la clause compromissoire doit-il être interprété pour ou contre sa validité? Le doute est permis. Il semblerait pourtant qu'une raison sérieuse se dégage en faveur d'une interprétation restrictive de la loi, du rapprochement que l'on peut faire entre la généralité du titre des arbitrages et la particularité des dispositions qui y sont contenues. On peut se demander si le législateur, en mettant sous un intitulé aussi général que celui « des arbitrages » des prescriptions qui ne concernent que le compromis, n'a pas voulu par cela même réduire à ce contrat seul toutes les conventions d'arbitrage. Ce que nous savons de la pensée des rédacteurs de nos Codes ne suffit pas à éclairer l'opinion que nous en pourrions avoir.

Il faut énormément de prudence pour interpréter ce silence du législateur. Suivant l'aspect sous lequel on considère l'arbitrage, les documents législatifs sur lesquels on s'appuie, les institutions similaires avec lesquelles on le compare, on arrive toujours à des résultats plus ou moins divergents, mais tous très approximatifs.

C'est ainsi qu'on a voulu tirer des art. 51 et 382 du Code de commerce des arguments en faveur de la validité de la clause compromissoire (1). De ce que le

(1) V. Conclusions de l'avocat-général Hello, Cass., 10 juillet 1843, etc.

législateur établit dans les sociétés commerciales l'arbitrage forcé et autorise la clause compromissoire dans les contrats d'assurance maritime, on a conclu que l'arbitrage jouissait dans nos lois de la plus grande faveur, et pouvait être librement établi sous une forme obligatoire par les parties elles-mêmes et dans tous les cas. L'article 332 surtout a été particulièrement invoqué, à raison de la similitude complète de la convention qui y est admise. Les termes de cet article, a-t-on dit, ne déclarent pas la clause compromissoire valable, ils la supposent telle, et ce qui le montre bien, c'est que cette clause de soumission aux arbitres figure au nombre des différentes clauses susceptibles d'être introduites dans le contrat d'assurance et dont la validité ne peut être contestée; et que, d'ailleurs, le paragraphe où elle se trouve mentionnée est immédiatement suivie de cette phrase, « et généralement toutes les autres conditions dont les parties sont convenues ». Le législateur ne saurait consacrer de cette manière une exception à une règle générale.

Ce que nous avons vu de l'origine historique des articles 51 et 332 du Code de commerce suffit toutefois à nous inspirer quelque défiance. Nous avons vu que ces deux cas d'arbitrage ne sont dans la loi qu'à raison de leur antiquité et de leur consécration par l'ancien Droit. Leur présence ne prouve donc rien par elle-même ni pour ni contre la question qui nous

occupe. Molinier (1) fait remarquer à ce sujet que l'art. 332, n'étant qu'une reproduction de l'Ordonnance de 1681, ne peut avoir plus de portée maintenant qu'il n'en avait alors. Or, d'après Valin et Emerigon, il estime que l'ordonnance de 1681 s'occupait de la convention d'arbitrage non pour en établir la validité, mais uniquement pour subordonner l'arbitrage à l'existence d'un écrit, à la différence de l'arbitrage forcé qui se formait spontanément en matière de société. « Si la loi a spécialement parlé de la clause compromissoire à propos d'assurances maritimes, conclut M. Glasson, c'est uniquement sous l'influence et par tradition de l'ancien droit ; mais il ne faut tirer aucun argument de cette disposition spéciale contenue dans le Code de commerce, pour la solution de la question plus générale de savoir si, en principe, la clause compromissoire est valable (2). »

L'incertitude des textes, le silence du législateur rendent en somme une conclusion précise bien imprudente. S'il y a des raisons solides de croire à la validité de la clause compromissoire, il n'y en a pas de moins catégoriques de se persuader de sa nullité. L'absence absolue de documents décisifs oblige à

(1) MOLINIER, *Traité de droit commercial*, t. I, p. 336.

(2) GLASSON, *Procédure civile* (Revue par Tissier), p. 912, n° 1859. V. encore : MOLINIER, *Revue critique*, 1852, t. II, p. 237 ; BONGENNE, *Procédure civile*, t. VI, p. 519 et 520 ; HOCHÉ, *Thèse*, Paris, 1879, p. 206 et 207.

raisonner par analogie : c'est une méthode bien délicate et qui ne donne guère de résultats bien probants. Devant ces difficultés, certains s'imaginent pouvoir tirer de l'esprit de la législation, ce qu'ils ont en vain cherché dans ses dispositions. On invoque les législations antérieures, l'extrême développement de l'arbitrage pendant la période révolutionnaire, les discussions contradictoires des rédacteurs de nos Codes. Les uns discutent du rôle fait à l'arbitrage dans notre législation. D'autres s'appuient tout simplement sur les besoins de la pratique et les nécessités de l'usage. Dans l'état actuel de notre législation, le doute est si bien permis que la jurisprudence française a hésité longtemps avant de se prononcer, et que son avis n'a même pas prévalu en Belgique, où les tribunaux se sont rangés à l'opinion contraire à la sienne.

Il est certain que dans l'élaboration de la jurisprudence actuelle sur la clause compromissoire, les nécessités de la pratique et les tendances de l'opinion n'ont pu qu'avoir une influence prédominante. Or, au moment où cette jurisprudence s'est formée en France, un grand mouvement se dessinait pour diminuer le rôle de l'arbitrage, surtout sous la forme obligatoire qu'il présentait en matière de société commerciale. Cette tendance, nouvelle en 1840 et qui devait aboutir en 1856 à la suppression de l'arbitrage forcé, ne pouvait que rendre plus rigoureuse l'inter-

prétation de la jurisprudence en matière d'arbitrage et surtout au sujet de la clause compromissoire. Il faut voir en effet l'analogie complète qui existe entre l'obligation qui résulte de la clause compromissoire et celle qui résulte de la loi commerciale.

L'arbitrage qui naît de la loi a sans doute plus d'efficacité ; car le législateur qui l'a établi a donné en même temps le moyen de le rendre effectif, en suppléant au compromis, si besoin est, par l'intermédiaire des tribunaux. La clause compromissoire, au contraire, donne naissance à une simple obligation de faire, qui ne se résoud qu'en dommages et intérêts au cas d'inexécution : « Attendu, constate un arrêt, que la promesse de compromettre est un engagement de faire qui, aux termes de l'art. 1142 du Code civil, se résoud en dommages-intérêts au cas d'inexécution, en sorte que cette promesse, en la supposant valable ne donnerait au juge que le droit d'estimer le dommage souffert, mais non celui de l'exécuter lui-même en nommant l'arbitre, à la place de la partie qui s'y refuse et de substituer ainsi sa volonté à celle de la partie (1). »

Au point de vue de l'arbitrage, cette conséquence de la clause compromissoire est parfaitement exacte, beaucoup plus juste même que la contrainte établie en matière d'arbitrage forcé. L'arbitrage est avant

(1) Lyon, 9 juin 1848. P. 40.2.496. S. 41.2.341. D. 40.2.229.

tout une justice essentiellement volontaire, qui n'a d'avantages et de valeur que parce qu'elle est librement constituée par les parties qui s'y soumettent, d'après les besoins de la cause, la nature des litiges, la personnalité des arbitres et bien d'autres raisons qui n'ont d'existence que dans l'appréciation des parties et par leur mutuelle bonne volonté. Le compromis est un contrat purement personnel, et qu'on ne peut suppléer sous peine de modifier totalement la nature de l'arbitrage ; et c'est ce qui fait précisément que l'arbitrage forcé forme plutôt une juridiction originale qu'un véritable arbitrage. Denizart (1) disait autrefois « que l'arbitrage est une voie de paix et d'honnêteté que la sagesse conseille, mais à laquelle on ne peut être contraint. Nul n'est obligé de compromettre malgré lui ; le compromis forcé est opposé au droit commun et à la liberté naturelle ». Régulièrement l'obligation de compromettre se résoud donc, comme toute obligation de faire, en dommages et intérêts.

Au point de vue de l'intérêt social, cette solution, naturelle en soi, présente une infériorité marquée sur l'exécution plus rigoureuse de l'arbitrage forcé. L'action en dommages et intérêts entraîne des lenteurs et ne conduit pas toujours aux résultats effectifs qu'on est en droit d'en attendre ; elle suspend le règlement

(1) Nouveau DENIZART, *Répertoire*, n° 33.

des différends et peut être ainsi singulièrement préjudiciable aux intérêts de la société.

Mais à part cette différence dans la force de l'obligation, l'obligation elle-même est identique dans les deux cas ; qu'elle soit le produit de la volonté privée ou celui de la loi, elle a toujours le même objet : la constitution d'une juridiction arbitrale. Aussi la condamnation de l'arbitrage forcé ne pouvait-elle que rendre plus instable la situation légale de la clause compromissoire.

Déjà lors de la rédaction du Code de commerce des voix nombreuses s'étaient élevées pour empêcher l'insertion dans nos lois des articles 51 et suivants du Code de commerce. Nous avons vu la façon peu flatteuse dont une grande partie des tribunaux consultés avaient apprécié le rôle de l'arbitrage forcé. Ces observations reprises par le conseiller Corvetto à la séance préparatoire du 15 janvier 1807 au Conseil d'Etat, avaient montré clairement tous les inconvénients et les dangers de ce « tribunal d'exception » dont l'organisation ne pouvait donner « qu'un résultat absolument contraire au but de la loi ». Si elles n'aboutirent point en 1807, elles ne firent (1) que se fortifier par l'expérience que l'on fit de l'institution de l'arbitrage forcé. Le système admis pour le jugement des contestations sociales appelait une revision. Dès 1838

(1) V. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, t. XVII, nos 4 et 5.

une proposition tendant à l'abolition des articles 51 suivants signalait un certain nombre d'inconvénients tenant les uns à la nature même de l'institution, les autres seulement à son organisation (1). Ce projet, retiré par le gouvernement, ne devait aboutir qu'en 1856.

Le rapport très documenté que M. Rigaud (2) présentait à cette époque à l'appui du nouveau projet donne une idée très précise de l'état de l'opinion, concernant l'institution de l'arbitrage obligatoire. Tout le passage mérite d'en être cité : « Ainsi, Messieurs, voilà une juridiction que l'expérience avait pour ainsi dire déjà condamnée en 1808, dont on n'espérait plus guère de bons effets et qui n'obtenait droit de cité dans le nouveau Code de commerce que par une sorte de respect exagéré pour l'antiquité de son origine.

.

« On avait voulu une juridiction paternelle, une sorte de tribunal de famille chargé de prévenir les procès autant que de les juger. Dans la pratique, les arbitres n'ont été le plus souvent que des hommes sans autorité morale sur les plaideurs, remplaçant tout simplement les juges ordinaires et n'offrant pas toujours les mêmes garanties que ces derniers, liés par un

(1) *Moniteurs* des 15 février, 23 et 24 avril 1838.

(2) D. 56.4.113.

serment solennel, investis d'un mandat public et répondant mieux devant l'opinion des décisions qu'ils ont à rendre.

« On avait voulu des juges pris parmi les commerçants. Eh bien, en réalité, les commerçants n'acceptent que très rarement d'être arbitres, soit parce qu'ils n'ont pas toujours les connaissances nécessaires pour résoudre les diverses questions qu'un procès présente, soit parce qu'ils n'ont pas le temps de s'occuper des affaires d'autrui, absorbés qu'ils sont par leurs propres affaires, soit enfin parce qu'ils se soucient peu sans y être obligés de se mêler à un litige qui ne leur vaudra le plus souvent que la rancune presque inévitable de la partie qu'ils auront condamnée. Les commerçants s'abstiennent donc et c'est parmi les hommes d'affaire, le plus souvent parmi leurs défenseurs que les associés choisissent leurs juges. Ceux-ci apportent sans doute dans le tribunal arbitral les meilleures intentions du monde, mais ils y apportent aussi le désir instinctif de trouver le bon droit du côté de celui qui les a nommés et il faut croire qu'ils parviennent difficilement à se mettre au-dessus de cette influence secrète qui les assiège, puisqu'ils aboutissent presque toujours à partage. C'est alors que surgit le tiers arbitre, le premier peut-être qui entre dans l'examen du débat avec de véritables conditions d'impartialité et qui (chose incroyable) n'est plus libre de juger selon ses appréciations et selon

sa conscience, mais qui est obligé d'opter entre deux avis, dont aucun peut-être ne lui paraît conforme à la justice.

« On avait voulu une expédition plus prompte des affaires, et il s'est rencontré qu'il n'y avait pas de juridiction plus propre aux incidents, aux lenteurs et aux exceptions dilatoires que la justice arbitrale, Tantôt c'est là difficulté d'arriver à la composition du tribunal arbitral à travers les défauts, les incompétences ou les appels qu'on vous oppose ; tantôt c'est ce tribunal qui se désorganise par le refus, le départ ou le décès de l'un des arbitres ; toujours c'est l'impossibilité d'imprimer à l'affaire une direction rapide devant des juges qui n'ont ni l'habitude ni l'énergie nécessaire pour déjouer les calculs de temporisation qui s'exercent habilement autour d'eux.

« Enfin on avait voulu une justice sans frais et il s'est trouvé que presque toujours les plaideurs ont eu à payer des honoraires à leurs juges sans avoir seulement contre leur exagération la garantie de la taxe on de la dignité professionnelle.

« En présence de ces résultats fâcheux et universellement constatés, on ne s'étonnera pas que le monde judiciaire se soit élevé depuis longtemps contre l'arbitrage forcé et que lorsque les chambres et les tribunaux de commerce ont été consultés, ils aient été unanimes à répondre que des réformes étaient nécessaires ».

Au fond toutes ces critiques s'adressent tout autant à l'arbitrage volontaire qu'à l'arbitrage forcé. Mais il est bien certain aussi qu'elles offrent une acuité particulière lorsque l'arbitrage est obligatoire. Tous les inconvénients exposés ci-dessus sont d'autant plus graves que l'arbitrage, étant naturellement volontaire, les parties doivent s'y soumettre même contre leur gré, à raison d'un accord préalable ou d'une disposition légale. Si, au moment de conclure le compromis, il est de l'intérêt de l'une ou de l'autre de faire traîner la solution du conflit en longueur, il n'y a aucun moyen qui les en empêche et l'arbitrage perd ainsi en efficacité et en valeur ce qu'il avait acquis en importance.

Une meilleure organisation de la justice publique ne pouvait d'ailleurs que faire ressortir ces multiples inconvénients. Et c'est ce que montre toute une partie des plus importantes du rapport de M. Rigaud, où il s'applique à prouver que la solution uniforme des conflits par l'autorité judiciaire est encore la meilleure là « plus prompte et la plus éclairée, la plus économique ». « Là aussi, dit-il, se rencontrent des juges capables, probes, désintéressés, animés au besoin de l'esprit de paix et de conciliation et cherchant assez souvent à faire terminer les différends par des transactions plutôt que par des décisions judiciaires: »

L'opposition qu'il arrive ainsi à établir entre les deux juridictions est sans doute un peu outrée. Il ne

voit trop que les dangers de l'une et les avantages de l'autre. Il ne dit pas, ce qui est, que souvent l'arbitrage est une voie préférable à la procédure judiciaire, parce que plus capable de subordonner sa constitution à la nature spéciale des différends à résoudre ; mais ce qu'il sent fort bien et ce qui reste la raison d'être de toutes ses rigueurs, c'est que l'arbitrage n'a de valeur que lorsqu'il est établi sur la bonne volonté réciproque des parties, et qu'autrement il peut conduire à toutes sortes de difficultés et de complications qui annihilent tous ses avantages et peuvent occasionner souvent un véritable danger.

La conscience de ce danger devait fatalement aboutir à restreindre le plus possible tous les cas où l'arbitrage se présente autrement que sous sa forme volontaire. M. Rigaud lui-même l'a très bien vu et c'est en ces termes qu'il conclut son rapport au sujet de la clause compromissoire :

« Ainsi conduits par l'examen et la réflexion à la suppression de l'arbitrage forcé, nous n'avons plus qu'à nous demander si les parties ne pourraient pas volontairement s'y soumettre dans l'acte constitutif de la société : en d'autres termes, s'il n'y aurait pas lieu de trancher, en matière de société commerciale, la question tant controversée de la clause compromissoire.

« Nous ne l'avons point pensé. Il nous a paru au contraire que la voie de l'arbitrage volontaire restant

toujours ouverte aux parties, leurs véritables intérêts étaient suffisamment satisfaits par la faculté de compromettre. A notre sens, la juridiction arbitrale n'est bonne qu'alors qu'elle est véritablement amiable et volontaire, alors que les parties choisissent leurs juges librement et sans contrainte, pour un litige né et actuel, au jugement duquel elles peuvent réellement appliquer des aptitudes spéciales. Mais autoriser les associés à s'engager par avance et le plus souvent sans réflexion à faire juger par des arbitres inconnus des contestations ignorées, c'était permettre de rétablir par une convention l'arbitrage forcé désormais effacé de la loi et nous ne pouvons nous rendre coupables d'une pareille inconséquence. »

Telles sont les raisons qui ont décidé et formé la jurisprudence actuelle. Depuis 1840 cette jurisprudence n'a fait que se préciser et se fortifier dans la voie où elle s'était engagée.

CHAPITRE IV

PRINCIPALES APPLICATIONS DE LA JURISPRUDENCE

Il nous reste maintenant à étudier cette jurisprudence en elle-même et dans ses principales applications.

En principe, il n'y a pas nullité totale de la clause compromissoire, mais application stricte de l'article 1006. Le compromis étant considéré comme une promesse de compromettre, doit, pour être valable, porter sur le nom des arbitres et l'objet du litige à peine de nullité.

Nous allons voir l'interprétation donnée par la jurisprudence à l'exigence de cette double condition et au caractère de la nullité qui la sanctionne. Puis nous passerons aux diverses applications faites du principe par elle admis.

I. — Interprétation générale de l'art. 1006 par la jurisprudence.

Ce qui distingue la clause compromissoire prohibée du compromis valable, c'est l'absence dans la pre-

mière convention des conditions imposées par l'article 1006. Portant sur des difficultés futures que l'on ne connaît souvent point d'une façon précise, la clause compromissoire ne contient le plus souvent aucune indication ni de l'objet du litige, ni du nom des arbitres. On ne peut longtemps à l'avance organiser un arbitrage pour des difficultés qui ne se sont pas produites. Le choix des arbitres nécessite une confiance spontanée qui ne peut naître, avant que la difficulté à résoudre ne soit connue et qui peut changer avec l'estime dans lequel on tient les arbitres. La clause compromissoire ne remplira donc que bien rarement les conditions imposées par l'art. 1006 ; car l'existence de cette double condition sera bien difficilement réalisable au sujet de litiges futurs (1).

On ne peut toutefois dire qu'elle soit impossible (2) ; mais en ce qui concerne au moins l'indication de l'objet du litige, elle n'aura jamais toute la rigueur et la fixité, attachées aux choses qui existent, que l'on a en vue et que l'on connaît. Il est clair que dans tous les cas il y aura lieu à une sérieuse interprétation de la part des tribunaux pour déterminer d'une

(1) V. CARRÉ et CHAUVÉAU, VI, questions 3274 et 3279 bis. — BIOCHE et GOUJET, *Dictionn. de procédure civile et commerciale*, Arbitrage, t. I, n° 124, p. 336. PIGEAU, *Commentaire du Code de procédure*, t. II, art. 1006, note 2.

(2) V. MOLINIER, *Revue critique*, 1852, t. II, p. 220. MERLIN, *Questions de droit*, Arbitrage, § 15, p. 575. HOCHÉ, *Thèse*, Paris, 1879, p. 195 et 196.

façon précise si la clause compromissoire est oui ou non valable et forme un compromis légalement possible ? Cette interprétation s'appliquera aussi bien au compromis qu'à la clause compromissoire, puisque la jurisprudence assimile les deux conventions, et elle sera particulièrement délicate à raison de l'infinité variée que peut présenter cette double désignation et de l'extrême mesure que son appréciation nécessite.

Notre jurisprudence française ne s'est pas montrée trop rigoureuse dans ses décisions.

La désignation de l'objet du litige ne doit pas être prise d'abord dans toute sa rigueur ; il est admis qu'on ne saurait contraindre les parties à énumérer dans le compromis le détail de leurs prétentions respectives, il faut et il suffit que l'objet du compromis soit clairement désigné, de telle sorte qu'aucun doute ne puisse exister ni sur l'intention des parties ni sur l'étendue du mandat qu'elles ont conféré aux arbitres (1). Il a été ainsi jugé qu'un compromis est valable, malgré le laconisme de ses termes, s'il précise suffisamment la mission donnée à l'arbitre (2). Il en est ainsi particulièrement, lorsque les parties donnent pouvoir aux arbitres de juger toutes les questions élevées ou qui pourraient s'élever sur le contrat

(1) V. RUBEN DE COUDER, n° 79.

(2) Chambéry, 15 mars 1875, S. 76.2.85. P. 76.439. L. 77.2. 93. V. GARSONNET, t. VIII, § 3034, n. 9.

pour lequel on compromet sans qu'il soit nécessaire de détailler toutes les contestations à juger (1). Il en est de même du compromis dans lequel les parties déclarent qu'elles entendent régler toutes les questions de banque intervenues entre elles depuis telle époque et qu'elles nomment des arbitres pour statuer sur toutes les difficultés relatives à ces opérations, encore que par une clause ultérieure du compromis, il soit dit qu'il n'est pas besoin de préciser les points litigieux qui peuvent diviser les parties (2). Est également valable le compromis dans lequel les parties déclarent soumettre aux arbitres les contestations qui se sont élevées entre elles et qui sont expliquées dans les écritures d'un procès antérieurement existant (3). Ainsi encore l'objet du litige est suffisamment exprimé dans un compromis lorsque les parties donnent pouvoir aux arbitres de juger toutes les questions qui pourront s'élever sur un compte de liquidation de succession ouvert entre elles et sur toutes les demandes qu'elles pourraient juger convenables de former les unes contre les autres relativement à la succession (4). Enfin la clause d'un acte intervenu entre l'administration d'un théâtre et

(1) Turin, 1898. S. 1809.2.263.

(2) Cassation 29 nov. 1831. D. 34.1.366. S. 32.1.34.

(3) Bordeaux, 22 mai 1832. S. 32.2.537.

(4) Lyon, 8 ou 3 juill. 1850, D. 50.2.134. S. 51.2.361. P. 50.2.92.
Cassation 8 fév. 1883. D. 88.1.215. Pau, 31 mai 1898. D. 99.2.148.

un article de ce théâtre et portant que les contestations qui naîtront entre cette administration et l'artiste seront jugées par le conseil judiciaire du théâtre (1) et tout récemment la clause remettant à une commission d'arbitrage toutes les difficultés qui pourraient s'élever entre fabricants de fil d'une région relativement aux calendriers étrennes que, chaque année, ceux-ci distribuent dans leur clientèle, contiennent une désignation suffisante du litige (2).

La nomination des arbitres n'a pas été appréciée avec moins de largeur d'esprit. Il n'est pas nécessaire notamment pour qu'elle soit valable que le compromis mentionne les noms et prénoms des personnes choisies, il suffit que l'indication de ces personnes soit telle qu'aucun doute ne puisse exister sur leur identité (3). Il n'est même pas indispensable que les arbitres soient désignés par leur nom, pourvu qu'ils le soient de façon à ne laisser subsister aucun doute sur leur individualité. On peut parfaitement recourir à une assemblée ou à un comité, quand la constitution de ce comité ou de cette assemblée ne donne lieu à aucune erreur sur sa nature, ou que son mode de nomination est déterminé

(1) Paris, 7 mars 1843. D. 44.4.30. S. 43.2.144.

(2) Cassation, 12 fév. 1906, D. 1907.1.245. S. 1906.1.492. Voir encore : Bourges, 14 juill. 1830. D. 30.2.251. S. 30.2.297. Cassation, 2 mars 1853. D. 53.1.149. S. 53.1.501. Paris, 21 avril 1855. S. 55.2.562.

(3) Chambéry, 24 août 1885. *Le Droit*, 29 août 1885.

contractuellement d'une manière précise. C'est ainsi qu'a été déclarée suffisante la désignation d'une chambre de notaires, d'une chambre d'avoués, du conseil judiciaire d'un théâtre, d'une commission régulièrement formée dans le contrat (1).

A côté de ces arrêts favorables aux conventions d'arbitrage, il faut placer ceux qui se rattachent à une interprétation restrictive. Ce sont les plus nombreux. La jurisprudence a jugé dans ce sens que l'engagement de soumettre d'avance à des arbitres toutes les difficultés à naître entre les parties, à raison d'une convention déterminée, est nul comme ne contenant pas les désignations exigées par l'art. 1006 (2). A été également annulée la clause d'une société de secours mutuel donnant compétence à un arbitre pour toutes les réclamations émanées d'un sociétaire (3). De même encore a été annulée la clause attribuant juridiction à la chambre des avoués pour toutes les difficultés relatives à une cession d'office (4) et la même clause insérée dans

(1) Paris, 14 janvier 43. S. 43.2.177. P. 43.1.231. Cassation 6 janv. 46. S. 46.1.618. P. 46.9.422. Cassation, 17 mai 1836 S. 37.1.154. P. 37.1.28. Paris, 7 mars 1843. S. 43.2.141. Cassation, 12 fév. 1906. D. 1907.1.245. S. 1906.1.492.

(2) Colmar, 28 nov. 1849. S. 51.2.331. P. 51.1.212. Aix, 18 déc. 1884, La loi, 4 février 1885, Paris, 7 mars 1865, *Bull. arr. Paris*, 1865, p. 379. Dijon, 2 fév. 1876, *Bull. arr. Dijon*, 1872, p. 52.

(3) Cassation, 23 mai 1860. S. 60.1.800. P. 61.155. Toulouse, 14 janv. 1889. S. 90.2.231. P. 90.1.1327.

(4) Cassation, 30 juillet 1850. S. 50.1577. P. 50.2.271.

un acte de vente et attribuant juridiction à des experts à désigner à l'amiable (1). On pourrait multiplier de tels exemples.

La jurisprudence n'empêche donc pas de convenir d'avance de l'arbitrage pour la solution de contestations à venir. Mais elle exige que la constitution de la juridiction arbitrale soit définitive dès la première convention et ne puisse donner lieu plus tard à aucune difficulté sur son existence. Elle ne veut pas que quand un conflit se produira, à la perturbation tenant au différend s'ajoute une perturbation nouvelle née d'un désaccord sur la manière de le trancher. Tel est, croyons-nous, le sens de son interprétation de l'art. 1006. La désignation des arbitres et de l'objet du litige, qui forme l'élément essentiel de l'arbitrage, n'a pas à être déterminée d'une manière rigoureuse, mais elle doit l'être suffisamment pour qu'on n'ait plus à y revenir. C'est à cette mesure que la jurisprudence a apprécié la convention compromissaire. Inutile de dire que si cette convention n'est pas complètement annihilée, son importance est singulièrement restreinte.

Aussi, dans les premières années dans lesquelles s'établit notre jurisprudence, on a essayé d'en limiter la portée ; et c'est ainsi que dans leur traité « Du contrat de commission », Delamarre et Lepoitvin (2)

(1) Amiens, 10 juin 1881. S. 82.2 212. P. 82.1.1086.

(2) III, p. 357.

ont voulu réduire aux seules matières civiles l'application de l'art. 1006. « Une omission, dirent-ils, a été commise dans le n° 88 (de leur ouvrage) à l'endroit où il est parlé *per transennam* du pacte compromissaire, par lequel les parties conviennent de soumettre les difficultés qui pourraient naître de ce contrat au jugement d'arbitres qu'elles se réservent de désigner. Jamais on n'a douté, avons-nous dit, qu'une telle clause n'emportât obligation. Il faut lire : n'emportât obligation suivant le Droit commercial. Dans le droit civil, au contraire, il n'est pas de question plus controversée. La Cour de cassation vient de se prononcer pour la négative par un arrêt du 10 juillet 1843. Mais elle a soin de faire entendre que sa décision ne concerne que les matières civiles. C'est une nouvelle preuve que l'esprit des lois civiles diffère essentiellement de l'esprit des lois de commerce. » Cette opinion a été reprise pour être réfutée par Massé, dans son *Droit commercial* (1). « J'avoue, proclame cet auteur, qu'à moins de repousser systématiquement toute application aux matières commerciales des principes généraux du droit civil, je ne vois aucune raison particulière qui puisse autoriser l'introduction, dans le Droit commercial, de la clause compromissaire que rejette le Droit civil. Il y a plus, c'est que tous les motifs qui concourent à

(1) T. III, p. 28.

l'annulation de la clause compromissoire dans les matières civiles, sont également applicables dans les matières commerciales. Quant à la distinction qui serait indiquée par l'arrêt de 1843, je ne la vois nulle part. » L'application de l'art. 1006 aux matières commerciales ne fait maintenant plus de doute et depuis longtemps : Un arrêt de 1827 établissait déjà : « que les dispositions du Code de procédure civile sont applicables aux tribunaux de commerce, lorsqu'il n'y a pas été dérogé par le Code commercial (1) ». C'est une décision sur laquelle on n'est point revenu.

Vers 1843 d'ailleurs et jusqu'à l'abrogation des art. 51 et suivants du Code de commerce, des difficultés nombreuses et très spéciales se produisaient toutes les fois qu'il s'agissait d'allier les règles du Code de procédure civile, aux règles du Code de commerce en matière de société. L'arbitrage forcé étant une juridiction semblable à toute autre juridiction judiciaire, il était toujours possible de s'y soustraire par la formation d'un compromis volontaire. Seulement toutes les fois que ce compromis se produisait, la difficulté était de distinguer quelles règles devaient lui être appliquées (2), celles du

(1) Cassation, 2 mai 1827, S. 27.1.190.

(2) La question se posait surtout lorsque, dans le compromis, les parties avaient renoncé à l'appel. Cette renonciation ne modifiait-elle pas la nature du contrat, et ne constituait-elle pas

Droit commercial ou celles du Code de procédure civile. La question présentait particulièrement de l'importance quand la convention des parties contenait une renonciation à l'appel ; on se demandait si de ce seul fait il n'y avait pas un compromis volontaire, qui, étant soumis aux règles du Code de procédure civile, devait par cela même recevoir l'application de l'art. 1006. La suppression de l'arbitrage forcé a enlevé tout intérêt à toutes ces discussions, qui n'ont plus à l'heure actuelle qu'une valeur historique.

La portée de l'art. 1006 est donc très considérable et très générale et ne reçoit par elle-même aucune atteinte d'autres dispositions légales. La jurisprudence toutefois a tenu elle-même à atténuer la rigueur de son interprétation, et c'est ainsi que lorsqu'elle se trouve en présence d'une clause compromissoire nulle d'après ses principes, elle admet que cette nullité peut être couverte par l'exécution volontaire de la convention incriminée (1). Nous avons déjà

une clause compromissoire non plus soumise aux règles du Code de comm., mais à celles du Code de procédure. Rennes, 27 déc. 47. S. 49.2.470. Cassation, 10 janv. 49. S. 49.1.286. Paris, 23 déc. 48. D. 49.2.243. Angers, 5 avril 48. D. 49.2.25. Angers, 23 nov. 54 et Riom, 20 nov. 54. S. 55.2.41. Cassation, 26 juin 55. S. 55.1.708. Rouen, 19 août 46. S. 47.2.57 (conclusions de l'avocat général.)

(1) Voir au chapitre précédent les arrêts cités dans la note 2 de la page 11. Voir encore : Cassation 17 mai 1836. D. P. 36.1.359. S. 37.1.154. Cassation, 3 janv. 1844. S. 44.1.337. D. 44.1.75. Cassation, 30 juillet 1850. S. 50.1.577. D. 50.1.216. Cassation,

parlé de ce caractère tout relatif de la nullité édictée dans l'art. 1006, et nous y avons trouvé une preuve que l'institution de l'arbitrage ne pouvait être contraire à aucun principe d'ordre public. Nous n'avons pas à revenir sur ce point, et il nous suffira de rappeler que quelques auteurs ont voulu faire porter la nullité non sur la convention d'arbitrage, mais sur l'écrit qui la constate, conformément à l'interprétation originale de l'article 1006 dont nous avons également parlé au chapitre précédent. Nous ne ferons qu'une simple remarque quant à la nullité édictée par l'art. 1006, c'est au sujet de l'acte nouveau des parties qui vient conférer à la clause compromissoire nulle, une validité nouvelle. Quelle est exactement la nature de cet acte ? La jurisprudence veut y voir une ratification d'une convention dépourvue de valeur. Or, on peut se demander jusqu'à quel point il est exact d'établir ainsi un rapport entre la convention ancienne et l'acte nouveau. Les parties réparent, dit-on, par leur accord le vice originnaire qui affectait la clause compromissoire ; elles complètent en quelque sorte cet acte en lui apportant l'élément essentiel qui lui faisait défaut. L'acte nouveau ne serait-il donc rien aussi sans l'ancien qu'il complète ? Or, si nous nous reportons aux diffé-

rents cas où notre jurisprudence a eu à faire l'application de l'art. 1006 en cette matière, nous voyons que cet acte nouveau forme à lui seul une convention indépendante et complète où les parties, tout en s'accordant sur l'objet même de l'ancien contrat, ne rendent pas la vie à celui-ci, mais forment plutôt un autre contrat, valable à lui seul et par lui-même. D'après cette observation, l'ancien contrat, nul, resterait toujours tel ; il est seulement exact que tout se passe comme s'il était devenu valable.

II. — Principales applications de l'art. 1006.

Les principales applications que la jurisprudence ait faites de son interprétation de l'art 1006 du Code de procédure civile concernent : 1° les assurances terrestres ; 2° les sociétés de secours mutuel et de courses ; 3° les contrats du droit international privé. Nous allons étudier les questions particulières qu'ont pu faire naître ces différentes applications.

1° *Assurances terrestres.*

La validité de la clause compromissoire en matière d'assurances maritimes et son introduction dans les assurances terrestres dès la fin du XVIII^e siècle, ont quelquefois incité certains auteurs à étendre à ces dernières la liberté conférée par l'art. 332 du Code de

commerce. On a prétexté que l'usage peu répandu de ces assurances au moment de la rédaction de nos Codes n'avait pu les faire prendre en considération par la loi, mais que celle-ci doit s'appliquer par analogie aux contrats similaires à ceux pour lesquels elle a été établie. On a fait valoir l'identité complète de nature entre les deux espèces d'assurances : « Il est certain, dit Alauzet (1), qu'entre les assurances maritimes et les assurances terrestres, il est impossible de trouver une autre différence que celle des objets auxquels s'applique le contrat, ce qui n'en change pas la nature ». « Ceux qui assurent un navire et ceux qui assurent un édifice ou des récoltes, observe Molinier (2), assument généralement à leur charge des risques, moyennant une prime. » On cherche en même temps à prouver que l'assurance terrestre constitue au même titre que l'assurance maritime un acte de commerce, et on cite à l'appui un arrêt de cassation du 9 avril 1828 : « Vu l'art. 528 du Code de commerce, considérant qu'aux termes du Code de commerce, l'assurance maritime est réputée acte de commerce, que les assureurs sont assimilés aux négociants... Que ces dispositions s'appliquent nécessairement à l'assurance à prime contre l'incendie, puisque celle-ci est de même nature que l'autre,

(1) ALAUZET, *Assurances*, t. I, n° 204 et suiv. t. II, n° 400.

(2) MOLINIER, *Traité de droit commercial*, t. I, p. 336, n°s 383 et 384.

toutes les deux ayant également pour objet de garantir la propriété et d'indemniser des sinistres moyennant une prime (1) ». Historiquement enfin l'arbitrage n'est-il pas considéré comme le meilleur moyen de trancher les différends en matière d'assurances, puisqu'au moment où il fut autorisé dans les assurances maritimes, ces assurances constituaient les seuls contrats de leur espèce. S'il n'a pas été étendu davantage, c'est que le cas n'en pouvait alors être prévu. Mais ce n'est pas une raison pour prohiber cette extension, quand elle devient nécessaire. « Les dispositions du Code qui énumèrent les actes de commerce doivent, sans contredit, être appliquées par analogie aux nouvelles industries qu'il n'a pas pu énoncer, mais qui se rattachent aux opérations dont il s'est occupé. S'il n'en était ainsi, la loi resterait trop souvent en arrière des progrès commerciaux. »

Nous nous sommes trop étendu déjà sur l'origine et le caractère de l'article 332 du code de commerce pour ne pas apercevoir l'erreur d'un tel raisonnement. Dans la rédaction de cet article, il ne faut pas prêter au législateur des intentions qu'il n'a pas eues, des réflexions qu'il n'a pu faire ; nous avons largement démontré qu'il n'avait fait que suivre l'exemple de l'ordonnance de 1681 (2) et c'est dans cette me-

(1) S. 29.1.28.

(2) ESTRANGIN, Introduction au *Contrat d'assurance* de Pothier, 1810, p. xxv.

sure que nous devons interpréter le sens de l'art. 332 pour conclure au caractère exceptionnel de cette disposition et à l'impossibilité de l'étendre à aucun cas similaire.

L'analogie d'ailleurs que l'on veut établir entre les deux assurances n'est pas complètement convaincante. Les risques considérables qui sont attachés aux assurances maritimes donnent au contrat un caractère particulièrement dangereux et spéculatif qu'est loin de présenter une assurance terrestre. Ce caractère est rendu plus frappant encore par la personnalité des parties qui concourent à la constitution de ces assurances. Ce sont la plupart du temps des commerçants qui font des transactions par mer, l'objet de leurs occupations les plus habituelles. Autant par son objet que par les parties contractantes, l'assurance maritime est un acte de commerce très caractérisé ; or, il n'en est pas forcément ainsi d'une assurance terrestre.

Ces quelques considérations ont définitivement fixé la jurisprudence dans le sens d'une interprétation restrictive. « Attendu, dit un arrêt de cassation du 10 juillet 1843 (1), que l'art. 332 du Code de com-

(1) Cassation, 10 juill. 1843. S. 43.1.561. D. 43.1.433. Voir encore : Lyon, 9 juin 1840 P. 40.2.491. S. 41.2.341. D. 40.2.229. Paris, 9 janv. 43 et 31 janv. 43. S. 43.2.62. Cassation, 21 février 1844. D. 44.1.97. S. 45.1.79. Cassation, 2 déc. 1844. D. P. 45.1.40. S. 45.1.79. Seine, 1^{er} juin 1846. S. 48.2.381. Cassation, 15 juill. 1879. S. 79.1.364. D. 80.1.106. Cassation, 2 mars 1880. S. 81.1.10.

merce qui autorise la soumission des parties à des arbitres ne peut pas davantage être appliqué à l'espèce, car cet article n'a pour objet que les assurances maritimes ; — que ces assurances réputées actes de commerce par l'art. 633 du Code de commerce sont soumises à une législation particulière et spéciale, dont les règles ne sauraient être étendues par le juge, sans un évident excès de pouvoir, aux Assurances terrestres contre l'incendie, lesquelles ne sont pour les assurés que des actes purement civils. »

Les tribunaux ont d'ailleurs été entraînés à consacrer cette opinion autant par les nécessités de la pratique que pour les principes du droit. Il faut voir en effet la situation souvent précaire d'un malheureux sinistré en face d'une puissante compagnie d'assurances, qui pourra tirer parti de clauses ignorées, inscrites dans les polices pour obliger l'assuré à se départir de ses justes prétentions. Les tribunaux ne pouvaient supporter une pareille iniquité (1).

Or, l'insertion occulte d'une clause compromissaire dans une police n'était-elle pas bien susceptible de faire naître tous les dangers et les inconvénients que l'on pouvait attendre de cette disproportion de forces

C. 80.1.342. Cassation, 21 fév. 1887, S. 87.1.273. Cassation, 7 mars 1888. D. 89.1.32. S. 88.1.296 Paris, Paix, 9 mars 1894. *Pandectes F.* 95.2.138.

(1) Paris, 19 déc. 1849. Devill. et Car. 1850.2. 42. Annulation des clauses dangereuses dans les contrats d'assurances.

entre les parties contractantes ? L'arrêt précité nous le montre clairement : « Dans l'espèce actuelle, constate-t-il, l'importance et la nécessité des prescriptions de l'art. 1006 ressortent évidemment de la position même que les assureurs veulent faire à leurs assurés, pour la décision de tous leurs différends. En effet, la compagnie l'« Alliance », dont le siège principal est à Paris, et qui étend ses opérations sur toute la France, veut, à l'aide de l'art. 15 de la police, forcer les assurés, quel que soit leur domicile, quelque considérable ou léger que soit le dommage éprouvé, de constituer à Paris, où peut-être le plus grand nombre n'ont aucune relation d'affaires et ne connaissent même personne, loin du lieu où les sinistres se sont effectués et où le préjudice qu'ils ont causé peut seulement être vérifié et apprécié, un tribunal arbitral qui les jugerait souverainement. »

De nombreux arrêts sont venus depuis consacrer cette jurisprudence et annuler toutes les clauses compromissaires, insérées dans les polices d'assurances terrestres, qui ne répondent point aux conditions imposées par l'art. 1006 du Code de procédure civile.

2º Sociétés de secours mutuel et sociétés de Courses.

La clause d'une société de secours mutuel qui donne mandat au conseil d'administration de statuer

sur les contestations à naître entre la société et ses membres, ou celle d'une société de courses, donnant aux commissaires le pouvoir de décider sans appel de toutes les contestations et réclamations constituant-elles des clauses compromissaires soumises à l'application de l'art. 1006 ?

Sans doute, dans la mesure où ces clauses donnent au conseil d'administration ou aux commissaires une véritable autorité juridictionnelle, elles sont nulles comme portant atteinte au principe émis dans l'art. 1006 ; et c'est ainsi qu'a jugé la jurisprudence dans de nombreux arrêts. « Attendu, dit un jugement de Toulouse, que les sociétés de secours mutuel n'ont pas plus que d'autres, tant qu'une loi ne les y a pas autorisées, la faculté d'attribuer à de simples citoyens une juridiction disciplinaire qui ne saurait être d'institution privée. » (1)

En matière de sociétés de courses, la Cour de Pau établit également que la clause du Code des courses, ainsi conçue : « toutes les réclamations ou contestations auxquelles les courses peuvent donner lieu sont jugées par les commissaires. Leur décision est sans appel », n'a pas « un caractère obligatoire et ne confère pas aux commissaires une véritable juridiction ;

(1) Toulouse, 14 janv. 1889. S. 90.2.231. V. encore : Douai, 24 nov. 1871. S. 72.2.78. D. 72.2.17 et Cassation, 18 juin 1872. D. 71.1.172. Cassation, 23 mai 1860. S. 60.1.799. D. P. 60.1.243. Dijon, 24 juill. 1874. S. 75.2.73. Agen, 12 mars 1891. S. 91.2.216. D. 91.2.373. Toulouse, 14 fév. 1895. S. 95.2.92.

qu'il est de principe que le pouvoir de juger est essentiellement d'ordre public ; que les parties ne peuvent substituer aux juges que la loi a institués des juges de leur choix que dans certaines conditions qu'elle a pris soin de déterminer d'une manière absolument stricte » (1).

Si de pareilles conventions n'ont aucune valeur en tant que clauses compromissaires, il faut cependant remarquer, et c'est là toute la difficulté de ces conventions, qu'elles ne confèrent pas précisément un pouvoir juridictionnel, mais bien plutôt le droit d'exercer un véritable pouvoir disciplinaire pour assurer le respect des statuts de ces sociétés. « Attendu, constate la cour de Toulouse, qu'il ne s'agit pas d'une véritable clause compromissoire, mais de mesures disciplinaires ; qu'en effet, rien dans les statuts n'interdit le recours à l'autorité judiciaire, qu'il s'agit de simples mesures de radiation prononcées non par des arbitres, mais par des délégués eux-mêmes de la société. » M. Michoux, dans une note de l'arrêt du 28 décembre 1891 (2), définit fort exactement la condition exacte du comité des courses ou des sociétés

(1) Pau, 28 dé. 1891. S. 92.2.277. D. 92.2.97. V. encore : Cassation, 26 juin 1886. D. P. 87.1.55. — Oran, 4 juin 1894 et Seine, 17 juillet 1894. D. 95.2.77. — Limoges, 23 déc. 1895. S. 99.2.246. — Paris, 3 avril 1901. S. et P. 1902.2.101.

(2) S. 92.2.297. V. dans D. 92.2.97 la note de M. Dupuich et les notes de Douai, 1871 (D.), Toulouse, 1889 (S), Cassation, 1902 (S.).

de secours mutuel, investi de ces pouvoirs disciplinaires : « ils ne sont, dit-il, ni des juges, ni des arbitres, mais simplement les mandataires de la société qui les nomme. Aucun tribunal n'est compétent pour réformer leur décision qui n'est pas un jugement ; mais en la rendant ils peuvent engager la responsabilité contractuelle de la société, si la décision est contraire au règlement accepté comme contrat tacite entre cette société et les personnes admises sur l'hypodrome ».

Il n'y aura donc de clause compromissaire prohibée qu'autant que les statuts de la société donneraient à leur comité disciplinaire une autorité souveraine. La souveraineté de cette autorité est absolument incompatible avec les principes admis par la jurisprudence et tombe sous le coup de l'art. 1006 du code de Procédure civile (1). Mais en elle-même cette autorité est parfaitement régulière et, loin de constituer une juridiction arbitrale, elle se résoud plus exactement dans l'existence d'un comité de surveillance, chargé d'assurer l'observation des règlements sous l'autorité supérieure des tribunaux. Si les décisions de ces comités constituaient en effet un véritable arbitrage, les juges ne devraient pas les examiner au fond, dans les faits qui leur ont servi de base, mais les prendre telles qu'elles sont, pour les faire exéc-

(1) Toulouse, 14 janv. 1889. S. 90.2.231.

ter. Ce que la jurisprudence annule dans de pareilles conventions, c'est le caractère juridictionnel de l'autorité qu'elles établissent ; mais elles laissent subsister les décisions qui en résultent comme étant des mesures disciplinaires parfaitement valables, quand elles sont conformes aux statuts de la société.

M. Michoux fait fort justement remarquer à cet effet que quand ces statuts ont été violés par la décision des commissaires, la nullité que les tribunaux peuvent prononcer produit des effets bien différents en efficacité suivant qu'il s'agit de sociétés de courses ou de sociétés de secours mutuel : « En matière de sociétés de secours mutuel, le juge peut examiner au fond si le membre contre lequel l'exclusion a été prononcée l'a réellement encourue ; entre la société et ses membres, il y a un contrat qui permet l'exclusion dans certains cas et que les juges ont mission de faire observer comme tous les contrats ; il y a non seulement annulation mais réformation (Rouen, 24 mai 1890, S. 92, 2, 20). En matière de courses, il n'en est pas de même. Le contrat entre la société et le propriétaire n'existe que par l'engagement du cheval. Il sera donc impossible aux juges d'empêcher pour l'avenir les effets de la sentence ; ils pourront seulement, s'il y a lieu, si la société a manqué à ses engagements, la condamner à des dommages et intérêts, ce qui pourra réparer un peu le tort fait et sauvegarder l'honneur du propriétaire atteint ».

3° *Contrats du Droit International Privé.*

Nous arrivons ici à une des rares exceptions que la jurisprudence ait faite à son interprétation de l'article 1006. Il s'agit du cas où une clause compromissoire a été passée entre un Français et un étranger, soit en France, soit à l'étranger, et qu'on l'invoque devant un tribunal français.

L'art. 14 du Code civil établit que l'étranger même non résidant en France pourra être cité devant les tribunaux français pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français. Le privilège qu'établit l'article 14 n'est pas d'ordre public et il est généralement admis qu'on peut y renoncer. La jurisprudence admet notamment qu'un Français peut parfaitement renoncer à la juridiction française et se soumettre d'avance à la compétence des tribunaux étrangers (1).

(1) Cassation, 24 août 1869. D. P. 69.1.500, Chambéry, 1 déc. 1866. D. 66.2.246. S. 67.2.182. Rennes, 25 déc. 1879. D. 80.2.52. — Trib. commerce Seine, 28 avril 1884. *Journ. dr. intern. privé*, 84, p. 520. — V. encore WEISS, *Dr. intern. privé, Manuel*, n° 900. LYON-CAEN, *Dr. comm.*, n° 33. — V. encore Cassation, 29 fév. 1888. S. 89.1.450. D. 88.1.483. — Paris, 9 mars 1887. S. 90.2.197. D. 90.1.1180. D. 88.2.49.

Peut-on y renoncer aussi facilement, lorsqu'au lieu de se soumettre à un tribunal étranger, on s'entend à faire juger les contestations prévues par des arbitres, en vertu d'une clause compromissoire. Si ces contestations se produisent dans un pays étranger qui admet la validité de cette convention, il n'y aura aucune difficulté. Mais il n'en est plus de même, dans le cas contraire, quand notamment le litige se produit en France.

On a argumenté quelquefois de la faculté générale de renoncer à l'art. 14 et de la distinction absolue qui existe entre cette renonciation et la constitution de l'arbitrage pour valider cette dernière. L'acte des parties qui font une clause compromissoire se divise en deux parties bien séparées : elles renoncent d'abord à l'art. 14 et ensuite elles recourent à l'arbitrage. Si cette argumentation était absolument juste, la question de la validité de la clause compromissoire ne se poserait même pas dans le cas qui nous occupe.

Mais M. Cohendy, dans une note sous l'arrêt du 9 mars 1887, a fort bien su réfuter ce raisonnement : « La renonciation aux tribunaux français, dit-il, n'est pas le but principal des parties, elles n'ont renoncé à la compétence des tribunaux français que dans le but et sous la condition que cette compétence serait attribuée à des arbitres étrangers. Dès lors cette renonciation ne doit plus être envisagée en elle-même,

mais subordonnée à une condition : sa validité ou sa nullité dépend donc de la validité ou de la nullité de cette condition (1). » D'où on en vient à la question : la clause compromissoire est-elle valable ou nulle aux yeux de la loi française.

La jurisprudence a hésité entre deux systèmes. Tantôt elle a déclaré la clause compromissoire comme radicalement nulle, en conférant à l'art. 1006 le caractère d'une disposition d'ordre public ; et, appliquant ce principe, elle a annulé toutes les clauses compromissoires dont on se prévalait devant les tribunaux français, qu'elles aient été passées en France ou à l'étranger, qu'elles instituent la compétence de tribunaux étrangers ou d'arbitres (2). Tantôt enfin, elle s'est bornée à déclarer que ces conventions seraient réglées par la loi du lieu où elles ont été passées, et seraient ainsi, suivant les cas, admises ou prohibées (3).

(1) D. 88.2.49.

(2) Paris, 8 nov. 1865. D. P. 67.2.21 et 23. S. 66.2.117. — C. Rouen, 7 févr. 1879, *Journ. dr. intern. privé*, 1880, p. 102. — Rouen, 21 déc. 1879. D. P. 80.2.59. — C. Marseille, 15 juin 1885 et Aix, 19 déc. 1885. *Revue intern. de droit maritime*, 1885-86, pp. 122 et 494.

(3) V. Cassation, 21 nov. 1860. S. 61.1.331. — Paris, 14 janv. 1865. S. 66.2.147. D. 65.2.188. — Chambéry, 1^{er} déc. 1866. S. 67.2.182. — Les arrêts de : Paris, 2 mars 1892. S. 96.2.37. Cassation, 17 juill. 1899. D. 1904.1.225. Cassation, 21 juin 1904. S. 1906.1.22 et Poitiers, 28 oct. 1907. D. 1908.5.11. — Valident conformément à ce système des clauses compromissoires passées

Le premier système a été le plus ancien et n'a pas subsisté bien longtemps. Nous avons déjà montré que l'arbitrage n'étant pas une dérogation à un principe d'ordre public, la nullité de l'art. 1006 n'était pas absolue. On peut d'ailleurs remarquer que les conventions ainsi conclues en pays étranger ne préjudicient en rien aux règles d'organisation judiciaire de la France, mais bien à celles du pays où elles sont passées ; elles ne doivent donc être appréciées que d'après ces lois (1).

Le deuxième système, plus habituel à l'heure présente, n'est pas non plus entièrement exact ; car il ne s'applique avec raison qu'autant que les parties n'ont pas manifesté de volonté contraire. Sans doute fait-il présumer leur volonté de se soumettre à la loi du lieu ; mais cette présomption ne doit pas survivre à une intention nettement déclarée de s'y soustraire.

C'est à ce dernier système ainsi amélioré que la jurisprudence tend d'ailleurs à se ranger. Nous citerons à cet effet un arrêt, des plus récents, du 5 janvier 1910 : « Attendu qu'il est hors de doute qu'en France, par application de l'art. 1006, pareille clause est nulle ; mais que cette nullité n'est

à l'étranger. L'arrêt de Paris, 5 juill. 1894. S. 96.2.210 annule au contraire une pareille clause passée en France.

(1) Il en est ainsi par exemple pour les stipulations d'intérêt supérieures au taux légal.

pas d'ordre public ; qu'il est non moins certain que cette clause est valable d'après la loi anglaise. — Que pour déterminer, dans ce conflit de lois, quelle est celle qui doit l'emporter, il est nécessaire de distinguer deux hypothèses : ou bien les parties sont restées muettes sur leurs intentions relativement à la législation à laquelle elles entendent soumettre leur convention ; ou bien, elles ont adopté l'une ou l'autre législation. — Que dans la première hypothèse, la thèse qui tend de plus en plus à être admise par la doctrine et la jurisprudence internationales et même expressément par certaines législations étrangères (belge, italienne) est d'admettre la loi du lieu où le contrat est conclu : *lex loci contractus*. — Que dans la seconde hypothèse, quel que soit le lieu où s'est formé le contrat, la volonté des parties, l'une française, l'autre anglaise, doit être respectée, si elles ont clairement manifesté l'intention de soumettre leur contrat, quant à sa validité et à ses conditions générales, soit à la loi française, soit à la loi anglaise : qu'ainsi ce n'est que dans le silence de la convention que prévaudra la règle : *lex loci contractus* (1). »

Cette dernière opinion soutenue par la doctrine sera sans doute l'expression définitive de la jurisprudence française en ces matières du Droit International privé.

(1) Besançon, 5 janv. 1910. *Gazette des tribunaux*, 25-26 avril 1910.

CHAPITRE V

PROJETS ET TENDANCES NOUVELLES

Depuis 1843, la jurisprudence s'est trop bien fortifiée dans son interprétation restrictive de l'art. 1006 pour qu'elle se modifie jamais en l'absence de textes législatifs nouveaux.

C'est en vue de l'établissement de ces textes nouveaux qui permettraient l'anéantissement de cette jurisprudence et la reconnaissance de la clause compromissoire, que s'est formé petit à petit dans la doctrine un mouvement en sa faveur. Ce mouvement s'est manifesté chez les auteurs juridiques modernes et a même grandi ces dernières années, au point de devenir l'objet de discussions fort sérieuses et très intéressantes dans les nombreuses assemblées que tiennent chaque année entre eux les différents tribunaux de commerce de France. De telles initiatives ne devaient pas rester sans effet, et elles ont abouti depuis vingt ans à la présentation de trois projets de loi : deux spécialement établis à cet effet, le

troisième compris dans une réforme générale du Code de Procédure civile. Nous allons exposer ces différents projets, étudier les tendances nouvelles d'où ils sont issus, en tâchant de pénétrer leurs causes et d'apprécier leurs résultats et leur valeur.

Parmi les auteurs juridiques qui se sont prononcés le siècle dernier contre la jurisprudence, et dont les ouvrages sur la Procédure civile française font toujours autorité, il nous faut citer Boitard et plus récemment M. Glasson. Ce dernier s'est attaqué avec vigueur à l'interprétation restrictive de l'art. 1006. Il s'est rangé à la distinction de la promesse de compromettre et du compromis, et il s'est efforcé de prouver que la clause compromissoire, grâce à une interprétation plus large, pourrait parfaitement remplir les conditions imposées par l'art. 1006. Si, à la vérité, dit-il, elle n'indique pas le point spécial sur lequel portera la contestation en prévoyant le cas où le contrat donnera lieu à un procès, « elle indique déjà d'une manière suffisamment précise l'objet du litige, puisqu'il est bien entendu qu'on ne soumettra pas aux arbitres une contestation quelconque mais un différend relatif à un contrat (1) ». Nous ne voulons point revenir aux discussions théoriques auxquelles l'interprétation de l'art. 1006 nous a déjà entraîné. Il nous suffira de constater que

(1) GLASSON, *Procédure civile*, t. II, p. 622.

l'opinion de la jurisprudence n'avait pas vaincu toutes les résistances de la doctrine et que subsistait toujours une division complète entre les partisans et les adversaires de la clause compromissoire.

De multiples raisons poussaient d'ailleurs à cette époque à rendre l'arbitrage plus usuel : les inconvénients nombreux d'une procédure judiciaire, en apparence vieille d'un siècle, en réalité âgée de deux ou trois, puisque notre Code de Procédure civile si hâtivement terminé ne reste au fond qu'une inspiration de l'ordonnance de 1667, donnaient à la juridiction arbitrale un attrait tous les jours plus vivement senti.

Nous ne pouvons mieux faire que de citer à ce sujet le préambule de l'exposé des motifs sur le projet de réforme du Code de Procédure civile présenté à la Chambre le 5 mai 1894 (1). « Dans la déclaration qu'il adresse aux Chambres le 4 décembre 1893, le gouvernement mettait au rang des réformes les plus instamment réclamées par l'opinion publique, « des modifications sérieuses à introduire dans nos Codes de procédure pour en faire disparaître les complications », et il ajoutait « ce sera l'honneur de la République de rendre la justice plus rapide et moins coûteuse ».

« Le projet de loi que nous avons l'honneur de

(1) Chambre, *Annexes*, 1894, t. I, p. 665, 691 et 722, n° 596.

vous soumettre, réalise cette promesse. Le Code de Procédure civile qui nous régit actuellement est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1807. Il avait d'ailleurs accepté pour une large part l'héritage du passé.

« Ecartant toute prévention nous n'avons point hésité, disait Trailhard, à conserver tout ce qui nous a paru sage et utile dans les règlements relatifs à la procédure, notamment dans l'ordonnance de 1667 et nous avons beaucoup conservé (1). » Ses rédacteurs cependant n'avaient pas manqué de supprimer bien des formalités qui surchargeaient inutilement l'instruction des procès et d'écarter tout ce qui ne pouvait se concilier avec les institutions nouvelles. Leur œuvre apparaissait incontestablement alors comme une œuvre de progrès, mais elle a subi les atteintes inévitables du temps : ce qui ne saurait surprendre si l'on considère qu'elle est devenue l'une des plus anciennes lois de procédure de l'Europe entière.

.

Mais depuis longtemps la nécessité d'une refonte générale a été proclamée et depuis longtemps l'œuvre de révision avait été entreprise... » Une commission en effet nommée en 1862 saisit en 1866 le Conseil d'Etat d'un projet de revision sur certaines matières et en 1868 d'une autre proposition sur la

(1) LOCRÉ, *Esprit du Code de procédure*, t. XXI, p. 2.

réfection complète du Code de Procédure civile. Les événements interrompirent cette œuvre législative et elle ne fut reprise que quelques dix ans plus tard. Le 10 juillet 1893 un décret nomma une commission extra-parlementaire « pour étudier les réformes qui peuvent être apportées au Code de Procédure civile ». Ce fut des travaux de cette commission que sortit en 1894 le projet dont nous citons l'exposé des motifs. Cet exposé des motifs se terminait ainsi : « Nous avons pu vous apporter ainsi une œuvre minutieusement élaborée. Elle appellera sans doute encore de longs et patients travaux de discussion ; nous vous convions à les entreprendre sans retard, car une justice plus simple dans ses formes, plus rapide dans ses décisions, moins onéreuse surtout est un des premiers besoins d'un régime démocratique, et notre pays sera reconnaissant envers ceux qui lui assureront ce bienfait ».

L'utilité d'une procédure rapide, moins coûteuse, moins surchargée de formalités et de complications devenait d'autant plus évidente que la procédure des juridictions établies ne répondait déjà plus aux nécessités sociales. L'organisme et les formes d'une justice publique trop ancienne ne pouvaient que bien incomplètement s'approprier aux changements considérables survenus dans la société et la civilisation. L'augmentation de la population, l'énorme développement des sciences, du commerce et de l'industrie,

en multipliant et compliquant les relations sociales rendaient les procès incomparablement plus nombreux et plus complexes, alors que l'extension progressive des affaires faisait un devoir de donner aux conflits une solution simple et prompte. L'organisation présente des tribunaux ne pouvait assurément satisfaire tous les besoins nouveaux. Et toutes les raisons qui s'unissaient pour imposer la réforme de la procédure judiciaire ne pouvaient que tendre à conférer à l'institution de l'arbitrage une autorité plus haute et assurer son succès. Cette tendance nouvelle ne pouvait qu'être singulièrement enhardie par l'énorme essor de l'arbitrage en droit international public.

Le projet de réforme qui fut présenté le 25 octobre 1898 à la Chambre par M. Sarrien pour remplacer le titre des arbitrages est la conséquence de cette tendance nouvelle. Les art. 3 et 4 du livre III qui correspondent à l'art. 1006 du Code étaient ainsi conçus (1) :

« *Art. 3.* — On peut compromettre sur une contestation déjà née et dans ce cas le compromis désigne à peine de nullité les objets en litige et le nom des arbitres. »

« *Art. 4.* — On peut également convenir de soumettre à des arbitres toutes les contestations qui pour-

(1) Chambre, *Annexes II*, p. 187, n° 281, 1898.

ront en résulter ; dans ce cas la partie qui refuse de concourir à la désignation des arbitres est sommée par l'autre de le faire dans la huitaine, et si elle persiste dans son refus, l'arbitre ou les arbitres, dont la nomination lui était réservée, sont désignés par le président du tribunal de première instance. »

Ce projet séparait ainsi complètement le compromis de la clause compromissoire. Après avoir parlé du compromis dans l'art. 3, presque textuellement notre art. 1006 ; il conférait une validité entière dans l'art. 4 à la promesse de compromettre toutes les fois où elle est adjointe à un contrat pour régler les contestations qu'il pourra produire. La promesse de compromettre qui ne valait ainsi, suivant l'art. 1006, que comme compromis, eût été maintenant également valable comme clause compromissoire. Le législateur n'osa étendre plus loin la liberté qu'il lui donnait : « Il ne sera point permis, dit le rapport, aux parties unies entre elles par des rapports multiples, de convenir que tous les différends d'une nature quelconque qui pourront s'élever entre elles seront soumis à des arbitres, car il serait dangereux qu'elles puissent prendre ainsi des engagements dont elles ne prévoient peut-être pas la portée ; mais elles pourront, et dans cette limite la clause compromissoire n'offre aucun danger, convenir dans un contrat que toutes les contestations qui pourront en résulter seront por-

tées devant des arbitres » (1). Par rapport au système du Code, c'était un progrès considérable; au point de vue de la promesse de compromettre, ce n'était pas une validité totale, comme celle qui existe en Droit International pour les traités d'arbitrage permanent.

En établissant la clause compromissoire le législateur avait en même temps pensé à la nécessité d'une sanction et il faisait renaître les moyens de contrainte employés pour l'observation des clauses d'assurances maritimes, donnant contre la partie contractante qui refuse de nommer les arbitres, le droit à l'autre d'y suppléer par l'intervention des présidents de tribunaux. C'était une véritable juridiction nouvelle que créait ainsi le législateur et qui s'imposait catégoriquement à ceux qui s'y soumettraient.

Ce projet particulier tomba avec celui qui le contenait. La réforme de la procédure civile représentait un travail si considérable que les législateurs n'osèrent l'entreprendre. Les inconvénients du Code restant ainsi toujours les mêmes, et les essais de réforme tendant à rester stationnaires, divers projets furent présentés depuis pour donner à l'arbitrage le développement que le projet de 1898 en échouant n'avait pu faire naître. Le premier de ces projets présenté aux Chambres le 26 février 1906 par M. E. Flandin ne fut qu'une réédition de celui de 1898 (2), et, comme

(1) Chambre, *Annexes*, 1898, n° 281, t. II, p. 249

(2) Chambre, *Annexes*, 1906, t. I, n° 3026, p. 110.

ce dernier, il avait une portée très générale. Le deuxième, au contraire, ne prenait en considération que les affaires commerciales : ce fut celui que M. Louis Dreyfus présenta et soutint en mars-mai 1907-08 (1). Il consistait à modifier et à compléter l'art. 631 du Code de commerce. « Les tribunaux de commerce, dit cet article, connaîtront : 1° des contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers ; 2° des contestations entre associés pour raison d'une société de commerce ; 3° de celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes. » On y ajoutait l'alinéa suivant : « Toutefois les parties pourront, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à des arbitres les contestations ci-dessus énumérées, lorsqu'elles viendront à se produire ». A la différence des propositions précédentes, aucune sanction n'était établie pour donner une entière efficacité à la clause compromissoire ; on laissait aux parties le soin de recourir s'il y a lieu à une action en dommages-intérêts comme pour toute obligation de faire.

Ces deux projets, le dernier surtout, furent préparés par un important mouvement de propagande et de discussion. Le *Journal des Débats* dans son numéro du 27 janvier 1904, le *Matin* à la date du 15 août 1905

(1) Chambre, *Annexes*, 1907, 7 mai, n° 926 et 1908, 30 mars, n° 1654.

firent paraître de longs articles en faveur de la procédure arbitrale. En 1902 enfin, il fut proposé à la conférence générale des présidents de tribunaux de commerce, de poser à toutes les nombreuses conférences régionales la question suivante : « Des modifications à apporter à l'art. 1006 du Code de procédure civile relatif à la clause compromissoire ? » L'année 1903 apporta le résultat des nombreuses discussions qui eurent lieu à ce sujet. Les mêmes divisions se produisirent entre ces conférences qui avaient existé dans la doctrine et M. Savare, président de Caen, en donna très justement l'idée, lorsque, considérant les diverses solutions apportées, il concluait à la conférence générale des présidents de 1903 (1) : « La solution est à peu près unanime, mais-je crois qu'elle n'est pas unanime dans le même sens. En effet, un certain nombre de conférences régionales sont d'avis qu'il n'y a pas lieu de modifier l'art. 1006, parce qu'elles considèrent que cet article est applicable à la clause compromissoire comme au compromis, d'où il résulte que la clause compromissoire serait toujours nulle. Tandis que d'autres conférences sont également d'avis de ne pas modifier l'art. 1006 mais parce qu'elles considèrent au contraire que cet

(1) Assemblée générale du 8 juin 1903, tenue à Paris par la Conférence générale des présidents des tribunaux de commerce de France. Lyon, 1903.

article ne vise pas la clause compromissoire, laquelle serait valable. Si donc les deux solutions sont semblables en apparence, elles sont absolument contradictoires au fond. » La difficulté d'interpréter l'art. 1006 subsistait ainsi toujours, et selon l'opinion émise, les divers arguments que nous avons indiqués furent repris pour ou contre l'application de cet article à la clause compromissoire. Malgré cette diversité d'interprétation la plupart des conférences tombèrent d'avis à la suite de M. Savare, que la clause compromissoire devait être possible ou rendue telle. Celles d'Agen (1), d'Avignon (2), et de Châtillon (3), proposèrent de modifier dans ce sens l'art. 1006. Celle de Falaise (4), sur le remarquable rapport de M. Savare, fut d'avis de ne rien changer à la rédaction de cet article, mais d'obtenir de la jurisprudence une interprétation conforme à ces vues nouvelles. Telles furent également les conclusions des conférences de

(1) Conférence régionale des trib. de comm. de la région sous-Pyrénéenne. Assemblée d'Agen, 4 avril 1903. Lyon, 1903.

(2) Conférence régionale des trib. de comm. du sud-est. Assemblée d'Avignon, 25 avril 1903. Supplément à la *Gazette judiciaire et commerciale*, n° 500 du 14 mai 1903.

(3) Conférence du trib. de comm. de la région de Dijon, assemblée de Châtillon, 11 mai 1903. Supplément à la *Gazette judiciaire et commerciale* n° 503 du 23 mai 1903.

(4) Conférence de Falaise, rapport de M. Savare, président de Caen, 9 mars 1903. La conférence de Millau du 21 avril 1903 (n° 499 du 12 mai 1903 de la *Gazette judic. et comm.*) se rangea à l'avis de celle de Falaise.

Lyon (1) et d'Orléans (2) mais avec cette différence, que ces dernières, peu confiantes dans l'utilité de la clause compromissoire, estimaient qu'il fallait en laisser l'usage uniquement soumis à la seule volonté des parties, toujours à même d'en assurer l'efficacité par l'insertion d'une clause pénale. Quant à la conférence d'Epinal (3), elle se rangea délibérément à la nullité de la clause compromissoire, à laquelle elle considéra l'application stricte de l'art. 1006 comme parfaitement juste et désirable. Sur les conclusions de M. Savare, la conférence des présidents admit la proposition suivante : « La conférence est d'avis que la clause compromissoire qui n'est autre chose qu'une promesse de compromettre et non le compromis prévu par l'art. 1006 du Code de Procédure civile, peut être légalement insérée dans une convention, et qu'il est utile, pour qu'elle soit efficace, d'y ajouter une clause pénale ». Cet avis ne prévalut pas auprès du législateur : les deux projets de lois qui furent présentés en 1906 et 1907, considérant l'interprétation

(1) Conférence de la région de Lyon. Assemblée de Lyon, 28 mars 1903, n° 492, du 25 avril 1903. Supplém. à la *Gazette judiciaire*.

(2) Conférence du centre. Assemblée d'Orléans, 27 avril 1903, n° 502 des 19-21 mai 1903. Supplém. à la *Gazette judiciaire et comm.*

(3) Conférence du nord-est. Assemblée d'Epinal, 22 avril 1903, n° 501 du 16 mai 1903. Supplément à la *Gazette judiciaire et comm.*

de l'art. 1006 par la jurisprudence comme un fait accompli, quelle que soit la justesse de cette interprétation, tendaient à faire reconnaître légalement la clause compromissoire. Le premier d'entre eux donnait même à cette convention une force équivalente à une disposition légale établissant l'arbitrage forcé, en permettant de faire nommer les arbitres à la place de la partie qui s'y refuse par les présidents de tribunaux.

Les arguments dont se prévalurent les différents rapporteurs de ces conférences et de ces projets sont uniquement fondés sur les avantages de la justice arbitrale en face de l'insuffisance évidente des juridictions d'Etat. « Combien d'avantages, fait-on remarquer à la conférence d'Agen (1); combien d'avantages la procédure arbitrale ne présenterait-elle pas ? On pourrait en douter en lisant l'art. 1009 qui dit que les arbitres devront suivre les délais et les formes établis pour les tribunaux. Mais on ne saurait prendre cet article à la lettre ; la nature des choses entraîne la disparition des formalités les plus longues et les plus confuses. Ainsi l'exploit d'ajournement indispensable en matière ordinaire pour saisir le tribunal régulièrement est remplacé soit par la comparution volontaire des parties, soit par la remise des pièces

(1) Rapport à la conférence d'Agen, de M. Roussille, président de Pau.

aux arbitres, soit par une invitation à comparaître dans une forme quelconque émanant des arbitres eux-mêmes ou de la partie adverse. L'affaire n'est point obligée de subir l'inscription au rôle et d'attendre son tour différé peut-être par l'abondance des litiges antérieurs, à de longs mois, quelquefois même à des années. La publicité souvent gênante est écartée ; ce sont déjà, on le voit, des dérogations d'une importance considérable vis-à-vis de la procédure ordinaire. Elles ne résultent que de la nature même des choses. Plus profondes sont celles que peuvent y apporter les parties par une volonté expressément indiquée dans le compromis. L'art. 1009 dit en effet : « les arbitres et les parties suivront, dans les procédures, les délais et les formes établis par les tribunaux, si les parties n'en sont pas autrement convenues ». Elles peuvent non seulement spécifier les formalités qu'elles-mêmes ou les arbitres auront le droit de négliger, mais encore les dispenser et se dispenser elles-mêmes en termes généraux d'en observer aucune ». Elles peuvent même « conférer aux arbitres le pouvoir de décider de l'affaire sans être tenus d'appliquer les règles du droit (art. 1019) ; il suffit qu'ils prononcent selon leur honneur et leur conscience et sur ce qui leur paraît le plus équitable, abstraction faite de dispositions trop rigoureuses de la loi. En ce dernier état, l'arbitrage n'est-il pas le meilleur moyen d'arriver à une solution rapide et

satisfaisante, le seul peut-être capable de trancher le différend sinon à l'avantage du moins à la satisfaction des deux parties, et cela est vrai surtout lorsqu'il s'agit, et le cas est fréquent, d'une difficulté qui exige des connaissances professionnelles que des arbitres choisis parmi des hommes compétents n'auront pas besoin de rechercher chez des experts, indispensables auxiliaires d'une juridiction ordinaire. »

Ce sont les mêmes arguments dont se servirent les rapporteurs des deux projets de la loi précitée. M. Ernest Flandin disait à la séance du 26 février 1906 (1) : « Quelle qu'apologie que l'on tente de notre organisation judiciaire et des garanties supérieures qu'offrent ses tribunaux, il faut leur reconnaître que ses mérites n'en sont pas précisément populaires. Le prétoire n'a pas les sympathies de la grande masse des justiciables ; celle-ci s'épouvante des formules barbares qu'on y entend, des papiers indéchiffrables pour lui dont on y fait usage ; elle s'irrite des lenteurs que lui impose la complication des procédures ou l'encombrement des audiences ; elle souffre souvent du bruit fait autour des débats publics ; elle gémit enfin et bien justement sous les frais dont elle paye tant de prétendus avantages. Ces griefs sont de tous les temps. On ne peut pas dire que le nôtre y puisse précisément échapper. Le Code français de procédure

(1) Chambre, *Annexes*, 1906, t. I, n° 3026, p. 111.

n'a subi depuis 100 ans que des modifications de détail et sa réforme n'est guère plus avancée qu'à l'époque où fut constituée en 1862 la première commission chargée de le refondre. Si, dans l'ensemble du pays, un grand nombre de tribunaux est insuffisamment occupé, il n'est guère de centre important d'affaires où les rôles d'audience ne s'allongent de façon tout à fait fâcheuse : en cause d'appel il est rare qu'on échappe devant les cours à des délais prolongés. Le développement de la presse et les exigences du public ont plus que jamais mis dans la rue les débats judiciaires ; suivant le mot d'un bâtonnier : le palais a sa page entre les courses et les théâtres, assez loin après la bourse, et un peu avant les annonces. »

M. Louis Dreyfus (1) enfin s'efforça de démontrer l'utilité que donne l'arbitrage au règlement des conflits commerciaux. Choisi par les parties, l'arbitre peut offrir toutes les garanties d'honorabilité et de compétence ; il est pris au besoin parmi des professionnels ou des techniciens, et reçoit des parties un pouvoir approprié à la nature des conflits à résoudre : « ses arrêts compétents seront particulièrement imprégnés de cet esprit de conciliation et d'équité que lui permettent ses fonctions d'amiable compositeur ». La procédure arbitrale est plus expéditive, « les ar-

(1) Chambre, *Annexes*, 1908, n° 1654, p. 304.

bitres rapidement constitués décident dans un bref délai, les intéressés eux-mêmes pouvant assigner la limite du débat. » On sait de quels avantages cette rapidité peut être pour les commerçants et industriels, à raison des variations possibles dans le cours et souvent la nature des marchandises et à raison aussi de l'immobilisation des capitaux engagés. L'arbitrage enfin diminue le nombre des procès, et par sa simplicité économique supprime tous les frais de justice. Son extension ne peut que faciliter le commerce en nécessitant la création et le développement des chambres arbitrales qui « ne se contentent pas d'arbitrer... mais élaborent par une collaboration commune de tous les intéressés des règlements généraux qui constituent une charte du commerce : d'où sont issus les contrats qui serviront de base aux affaires. » Plus de facilité dans la constitution de cette juridiction si commode, ne peut que faciliter d'autre part les relations internationales, en permettant « aux commerçants étrangers de rencontrer chez nous la même tolérance légale, les mêmes avantages que ceux dont ils jouissent chez eux ».

Si l'arbitrage est ainsi une juridiction si bienfaisante, pourquoi la restreindre en enlevant, à la clause compromissoire, toute existence légale. « En frappant la clause compromissoire, on atteint, on tarit dans sa source principale, l'arbitrage lui-même. En effet, les intentions des parties sont généralement conci-

liantes au moment où elles contractent : celles-ci sont alors naturellement disposées à adopter la clause compromissoire, c'est-à-dire la soumission à des arbitres de leurs désaccords éventuels et ultérieurs. Mais une fois le litige né, on voit succéder à l'état de paix, à la bonne entente, une période nouvelle de désaccord et de combat : les contractants sont devenus des adversaires qui, dans la plupart des cas, préféreront l'intervention des juges à la procédure conciliante que constitue l'arbitrage ». « Encourager l'arbitrage, en assurant la validité de la clause compromissoire, au lieu de le décourager en le laissant stérile, telle est l'œuvre que vous propose votre commission », continuait dans son rapport M. Dreyfus, et il concluait que sa proposition était « conforme au bon sens, car on ne voit pas pourquoi la même personne qui est apte à vendre, à prêter, à hypothéquer, à aliéner, n'aurait pas le droit de s'obliger à compromettre ; — conforme à notre programme républicain, puisque le choix d'un arbitre n'est pas autre chose que l'élection d'un juge. — Et elle nous semble enfin satisfaire à la tradition révolutionnaire et aux tendances modernes (1) ».

Les projets de 1906-1907 comme celui de 1898 ne répondaient sans doute point à un besoin ni bien général, ni très impérieux ; car ils ne furent pas

(1) En droit international public, notamment.

acceptés et rencontrèrent dans l'opinion un accueil peu bienveillant. Déjà dans les conférences de 1903 toutes ne s'étaient pas prononcées en faveur de la clause compromissoire et celle de Lyon n'en avait accepté le principe qu'avec beaucoup de réticences ; en 1909, une question posée sur l'utilité des projets de loi précédents, donna lieu de la part des conférences des tribunaux de commerce à une véritable condamnation de la clause compromissoire et à la consécration des restrictions apportées par la jurisprudence dans son interprétation de l'art. 1006.

Il ne fut point question de contester la valeur et l'utilité de l'arbitrage non plus que les défauts des juridictions établies. Sans doute l'arbitrage a ses défauts, les arbitres n'offrent pas les mêmes garanties que des juges investis d'un mandat public par un serment solennel ; n'étant pas des juristes, ils jugent plus en fait qu'en droit et ils sont plus souvent susceptibles d'erreur et quelquefois d'incapacité.

L'usage habituel de l'arbitrage ne peut, d'autre part, qu'aggraver ces inconvénients : Les commerçants hésitent à accepter les fonctions d'arbitres, qui les retiennent et les éloignent hors de leurs affaires ; ces fonctions ne peuvent tendre ainsi qu'à devenir l'apanage d'hommes d'affaires plus ou moins honnêtes et scrupuleux qui cherchent plus à satisfaire les intérêts de leurs clients qu'à reconnaître la vérité des prétentions émises et qui, se laissant dé-

cider par des considérations accessoires d'opportunité, enlèvent à la jurisprudence, par l'instabilité de leurs décisions successives, la plus grande partie de sa valeur et de son autorité, et suppriment ainsi tous les avantages d'un droit uniformément appliqué et déduit.

Il ne faut pas attacher à ces dangers de la justice arbitrale une importance exagérée. Ils sont largement compensés par tous les avantages de l'institution et ils trouvent naturellement leurs remèdes dans l'entière liberté qu'ont les parties de s'y soustraire ou d'y obvier quand elles le jugent utiles. N'ont-elles pas en effet le choix de leurs juges, le droit d'organiser la juridiction à leur gré, et celui surtout de n'y point recourir s'il y a lieu. La société doit laisser aux individus une liberté complète, toutes les fois que son intérêt propre ne peut recevoir de ce fait aucune atteinte. L'intérêt social coïncide justement ici avec ce besoin de liberté, puisque la volonté privée n'a d'autre but que d'assurer le maintien de la paix publique. Les parties n'auront qu'à s'en prendre à elles-mêmes des inconvénients de la juridiction qu'elles auront ainsi constituée ; et le législateur n'a nullement à intervenir pour les protéger contre elles-mêmes, sous peine de porter atteinte à la faculté qu'a tout homme d'user et d'abuser des droits dont il a la libre disposition. L'arbitrage satisfait ainsi à la fois aux nécessités sociales et aux intérêts privés, mais il

faut bien voir que c'est sous la condition formelle d'être avant tout et essentiellement volontaire.

Garde-t-il ce caractère indispensable quand il devient obligatoire par suite d'une convention compromissoire préalable.

Par le fait même que la clause compromissoire donne à l'arbitrage une très grande extension, on ne saurait objecter qu'elle soit en quelque façon nuisible ni à l'ordre social ni aux intérêts privés, puisqu'il est bien entendu que l'arbitrage est en principe une heureuse institution. On craint quelquefois que la clause devenant de style, la juridiction ordinaire soit désertée. C'est un danger purement chimérique. On ne déserte une juridiction que lorsqu'il y a quelque raison pour cela, quand des nécessités économiques l'exigent ou quand la confiance en ses jugements a disparu. Dans un cas comme dans l'autre, la clause compromissoire est un refuge auquel peuvent recourir les parties. Les institutions publiques ne sont utiles et ne méritent d'être protégées que lorsque les individus ne peuvent s'en passer. Leurs pouvoirs ne se légitiment que par les services qu'elles rendent. D'ailleurs, les parties qui acquiescent à une clause compromissoire savent toujours ce qu'elles font et ne s'engagent pas à la légère. Si elles renoncent d'avance aux garanties des juridictions établies, c'est en connaissance de cause, et on ne saurait les plaindre si leur engagement est plus

tard préjudiciable à leurs intérêts : la société ne doit les protéger malgré elles qu'autant qu'il s'agirait de personnes incapables ou de procès particulièrement dangereux pour l'ordre social ; le législateur a pris à ce sujet les dispositions nécessaires dans les art. 1003 et 1004 du Code de procédure civile, dont la valeur et l'utilité ne sont ni contestables ni contestées.

Un usage excessif de la clause compromissoire ne serait donc pas à craindre si les parties qui l'établissent et sont toujours susceptibles d'en connaître la valeur et l'étendue n'étaient souvent amenées à en ignorer complètement l'existence. Le cas n'en est pas tellement impossible de notre temps, où la hâte apportée dans toutes les relations sociales, empêche souvent de donner aux nombreux actes et contrats que l'on passe, toute la scrupuleuse attention qu'il faudrait. Qu'y a-t-il de plus facile pour les grandes compagnies de transport, d'assurances et de production d'insérer d'une façon banale la clause compromissoire dans leurs contrats, aux patrons d'agir de même dans les actes intervenant entre eux et leurs adversaires. Si la clause compromissoire pouvait être insérée dans tous les contrats, ce sont les sociétés qui l'imposeraient à leurs actionnaires pour les actions en responsabilité contre les fondateurs ou administrateurs ; les sociétés de transport à leurs clients ; les sociétés d'assurances à leurs

assurés. Or, le législateur s'est précisément occupé de défendre les plaideurs isolés contre la toute-puissance des grandes sociétés. Il a compris l'inconvénient que présentent dans un contrat qu'on ne lit pas avec suffisamment d'attention, quand on le signe, parce qu'on ne voit pas qu'il donnera lieu à des difficultés, des attributions de compétence qui permettraient de distraire un plaideur de ses juges naturels. C'est pourquoi par la loi du 9 janvier 1902, il a décidé que nonobstant toute stipulation contenue dans les polices, l'assuré ne pourrait pas être assigné au siège de la société.

On voudrait aujourd'hui abroger cette disposition tutélaire, remplacer la clause attributive de juridiction qui a été abolie par une clause autrement dangereuse, puisqu'elle livrerait par avance les adversaires des Compagnies d'assurances et des grandes sociétés à des arbitres, qu'on aurait soin de choisir au lieu où est établi leur siège social, obligeant ainsi les plaideurs à des déplacements onéreux et leur retirant les garanties que la loi leur accorde.

M. Flandin dans son projet de loi de 1906 sentait si bien ce danger qu'il demandait à ce qu'on ajoute à l'art. 1004 la proposition suivante : « On ne peut davantage s'engager à compromettre... sur les difficultés relatives à la responsabilité des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail ». Il voulait ainsi protéger contre l'abus possible les ou-

vriers. Mais ceux-ci ne sont pas les seuls qui soient intéressants. Tout le public, semble-t-il, paraît avoir droit à la même protection « et il est vraiment peu démocratique d'organiser une mesure qui permette au plus fort de faire pression sur le plus faible et de lui imposer à la signature d'un contrat une juridiction offrant moins de garantie que celle établie par l'Etat ».

Ces abus auxquels conduit la clause compromissoire ne sont pas toutefois irrémédiables et ils auraient sans doute en eux-mêmes leur solution finale par l'expérience qu'un usage un peu prolongé arriverait nécessairement à en donner. Le pacte compromissoire d'ailleurs garde une utilité incontestable pour toutes les affaires où l'arbitrage est la juridiction préférable. M. Savare, président du tribunal de commerce de Caen, promoteur du mouvement qui a abouti au projet de loi de 1907, ne prétendait pas étendre la clause compromissoire à tous les contrats commerciaux. Il comprenait qu'elle était impossible en matière de billets, de traites acceptées, de factures impayées où elle n'avait pour effet que de favoriser les débiteurs de mauvaise foi, en matière d'assurances, de transports maritimes ou terrestres, de sociétés anonymes, de comptes de bourse, où elle mettrait les clients et les actionnaires à la discrétion des compagnies, des coulissiers et des courtiers, en matière de contrat de louage de service où elle laisserait l'em-

ployé à la merci de son patron ; en matière de faillite, de liquidation judiciaire, en cas d'incapacité des parties. Il ne la demandait que pour les affaires de société, pour les affaires techniques et pour les affaires traitées avec des étrangers. C'est surtout au sujet de ces dernières affaires que l'utilité de la clause compromissoire fut unanimement reconnue dans la plupart des conférences des tribunaux de commerce. A la conférence des présidents tenue à Paris le 14 juin 1909, les constatations suivantes furent faites en faveur de la clause compromissoire (1) : « Si la clause compromissoire peut se comprendre, elle peut se comprendre dans deux sortes de traités : d'abord dans les traités avec l'étranger, parce que là il y a un intérêt évident à éviter toutes les formalités d'une procédure extrêmement longue, ensuite dans les traités avec l'Etat. A l'heure actuelle, lorsqu'une difficulté s'élève entre les fournisseurs et les agents de réception du ministère de la guerre, voici comment les choses se passent : le fournisseur nomme un expert, l'agent de réception en nomme un autre et la Préfecture intervient pour en désigner un troisième pris non pas au hasard mais sur une liste que la Chambre de commerce dresse tous les ans et sur laquelle sont, par catégorie, indiqués les idoines. C'est là ce que

(1) Conférence générale des présidents des tribunaux de comm. Assemblée du 14 juin 1909 à Paris. — Lyon, 1909, p. 11.

nous devons souhaiter. Nous devons souhaiter que si la clause compromissoire existe, elle soit licite dans tous les traités entre Français et étrangers et obligatoire dans les traités entre les particuliers et l'Etat». Il est certain que dans ces différents cas, à raison de l'utilité indéniable de l'arbitrage, la cause compromissoire se justifie elle-même, son insertion dans un des traités ci-dessus peut être pour les parties une des conditions essentielles de leur consentement, et sa nullité porte nécessairement atteinte à l'existence même du contrat principal qui, sans elle, n'aurait peut-être pas été accompli.

De là à donner à la clause compromissoire une autorité générale, comme le fait le projet de 1906 et celui de 1907 en matière commerciale, n'est-ce pas dépasser la mesure et en un certain sens porter atteinte au principe même de l'arbitrage, en modifiant totalement sa nature? L'arbitrage, il ne faut pas l'oublier, est une justice essentiellement volontaire et amiable. Doit-elle être rendue obligatoire? le peut-elle sans une transformation complète de sa constitution? Cette question a été passée sous silence dans la plupart des raisonnements établis en faveur de la clause compromissoire. On n'a voulu voir dans cette convention qu'une source très abondante d'arbitrage, sans se demander si cette promesse générale de compromettre était bien compatible avec l'existence d'un compromis librement et volontairement formé.

Dans son exposé des motifs pourtant, M. E. Flandin s'est préoccupé de cette objection toute naturelle : les conclusions tirées par M. Rigaud en 1856 de l'abrogation de l'arbitrage forcé à celle de la clause compromissoire et le passage que nous en avons précédemment cité, retinrent son attention ; mais il ne résolut pas la difficulté et la passa. « Il a paru à votre Commission, dit-il, que les craintes ainsi exprimées étaient pour le moins très exagérées et que de toutes façons ce n'était nullement le cas de faire fléchir le principe souverain de la liberté des conventions. Il ne paraît donc pas qu'une clause qui conduirait à des arbitrages tortueux puisse aisément devenir de style (1). »

M. Flandin, comme M. Dreyfus et tous ceux qui ont prôné l'usage de la clause compromissoire en ont surtout parlé, en se fondant sur la bonne foi et la constante bonne volonté des parties. Ils ont cru qu'il suffisait que ce moyen amiable, qu'est l'arbitrage, soit une fois pour toutes établi par ceux-là même qui auront besoin d'y recourir pour qu'à la naissance du litige, le compromis se forme naturellement, sans difficulté et sans réserve. Ils ont certainement trop tablé sur les bons penchants de l'humanité et pas assez sur les mauvais.

Comment assurera-t-on en définitive l'exécution

(1) Chambre, *Annexes*, 1906, n° 3026, p. 412.

d'un compromis quand l'un des contractants refusera de se conformer à sa promesse ? M. Flandin proposait de faire intervenir le président du tribunal de première instance qui, sur requête de la partie adverse, nommera le ou les arbitres. M. Dreyfus, conformément d'ailleurs à l'opinion généralement admise dans toutes les conférences des tribunaux de commerce, laissait contre les parties refusantes la seule ressource d'une action en dommages-intérêts pour inexécution, remplacée au besoin par l'insertion d'une clause pénale. Nous allons étudier cette double solution, sa possibilité et sa valeur ?

L'intervention des tribunaux dans la constitution de l'arbitrage aboutit sans ambages au rétablissement de l'arbitrage forcé. Cette intervention est impossible ; car elle est contraire à l'essence même du compromis. S'il a pu en paraître autrement, cela a été la conséquence d'une confusion contre laquelle nous avons pris soin de nous mettre en garde. Il ne s'agit pas seulement de désigner les arbitres, nous avons vu qu'il faut reconnaître dans la clause compromissoire l'engagement de consentir à ce que la contestation qui vient de surgir soit soumise à des arbitres, de conclure un contrat, une sorte de contrat judiciaire semblable à la *litis contestatio* du droit romain. Mais jusqu'ici il n'y a pas eu de compromis. Et remarquons qu'il s'agit là d'un acte exceptionnellement grave, de la renonciation au bénéfice de

nos institutions judiciaires, d'un acte de disposition que la loi entoure de précautions multiples, lorsqu'il intéresse des incapables; mais c'est avant tout un acte de pure volonté. Comment dans ces conditions reconnaître à un tribunal qui, le plus souvent, va statuer par défaut, le pouvoir non seulement de désigner les arbitres, mais de conclure un compromis.

Le recours aux tribunaux serait d'ailleurs inefficace, s'il était possible. D'abord, en effet, les arbitres ne seront pas nommés contradictoirement et ce qui est plus grave le récalcitrant continuera à refuser de comparaître devant les arbitres. Or, ceux-ci ne peuvent statuer par défaut. Si, devant un tribunal, on peut dire que le fait de ne pas comparaître emporte présomption que le défaillant n'a rien à opposer aux moyens de l'adversaire, il ne saurait en être de même devant les arbitres et il y a deux raisons à cela; la première, c'est que les juges sont investis d'une mission par la société tandis que les arbitres ne tiennent leur pouvoir que des plaideurs. Par suite, la seule présomption à tirer du fait du défaut, c'est que le défaillant n'a donné aucun mandat aux arbitres. La seconde, c'est que même dans une instance suivie par défaut devant un tribunal, on peut soutenir que ce tribunal est saisi par un contrat judiciaire tacite entre les parties, tandis qu'on ne saurait présumer l'existence d'un compromis.

Cette contrainte enfin présente de sérieux incon-

vénients, car elle oblige à un procès en désignation des arbitres : ce qu'on s'était proposé d'éviter ; puis toutes les fois qu'on sera en présence d'un plaideur qui ne cherche qu'à gagner du temps, celui-ci aura beau jeu pour faire traîner le procès en longueur ; il ne comparaitra pas pour la nomination des arbitres, fera opposition, peut-être ira en appel, tout cela avant même que l'instruction de l'affaire ait pu commencer. Les arbitres enfin nommés, rien ne lui sera plus facile que de gagner encore du temps par sa résistance, de nécessiter des prorogations des pouvoirs des arbitres, qui sont en principe limités dans le temps. On aura ainsi perdu tout le bénéfice attendu de la clause compromissoire : il aura fallu s'adresser aux tribunaux et les retards se seront multipliés comme à plaisir. Et ce ne sont pas là de vains dangers ; il faut connaître combien de plaideurs se proposent pour un seul but de gagner du temps, pour apprécier l'importance pratique de ces considérations.

En résumé, la contrainte directe est contraire à la nature de la clause compromissoire, et viendrait-on à l'admettre qu'il faudrait la reconnaître inefficace, voire même dangereuse.

A défaut de moyens directs d'obtenir l'exécution de la clause compromissoire, il ne reste à la partie qui en réclame l'exécution qu'une action en dommages-intérêts. C'est la sanction à laquelle, par son silence,

le projet de 1907 s'est rangé. Mais quels vont être ces dommages-intérêts ? Il ne peut être question d'indemnité que s'il y a eu préjudice causé par le fait reproché et c'est ce préjudice qui constitue la mesure des dommages-intérêts à allouer. Quel est donc le préjudice causé ? Assurément, l'instance qu'il aura fallu suivre devant un tribunal judiciaire aura occasionné des frais plus élevés, entraîné plus de lenteur, mais cependant, si c'est le plaideur récalcitrant qui a succombé, c'est lui qui paiera les frais et il ne pourrait être question d'autres dommages, notamment pour les lenteurs : tout jugement doit apprécier les dommages au jour où l'instance est introduite ; et les intérêts de droit ont précisément pour but d'indemniser le gagnant du retard apporté à la satisfaction de ses droits. Est-ce, au contraire, le plaideur récalcitrant qui a triomphé, comment lui reprocher d'avoir exigé l'emploi de la voie la plus longue et la plus coûteuse ; sur quels motifs le condamner à des dommages-intérêts ? — Si l'adversaire doit payer des dépens plus élevés, ne peut-on lui objecter avec quelque raison que c'est lui qui a eu les premiers torts en soulevant une mauvaise contestation ? Et, en outre, dans l'un et l'autre cas au reproche d'avoir, par sa mauvaise volonté, causé un certain préjudice, peut-être pourra-t-il répondre qu'il avait de justes raisons de se refuser à l'arbitrage, et, ce faisant, n'a pu commettre aucune faute : il ne pouvait accepter un tel

qu'on lui proposait comme arbitre pour tel motif, et cependant le tribunal ne pourrait statuer sur la compétence de l'un, l'honorabilité, de l'autre, l'impartialité d'un troisième, etc., ce qui pourtant serait nécessaire pour savoir s'il y a faute.

Ainsi nous nous heurtons à une impossibilité presque complète lorsqu'il s'agit de trouver une base sérieuse d'évaluation du préjudice et de la condamnation.

Sans doute cet inconvénient disparaîtra-t-il quand les parties, l'ayant prévu, y auront obvié par l'insertion d'une clause pénale. Mais, de toutes façons, voilà une clause compromissaire qui dégénère en procès, allonge l'instance et la procédure et conduit à la lenteur, aux complications et aux frais. L'arbitrage n'est une justice parfaite qu'autant qu'elle est volontairement et irrémédiablement constituée. Elle implique une bonne volonté réciproque et mutuelle à laquelle on ne peut ni commander, ni suppléer ; qui naît des circonstances et ne les précède que bien difficilement. « L'arbitrage serait une excellente chose, écrit Bourbeau, si les dispositions qui le régissent pouvaient devenir inutiles et si la bonne foi des plaideurs et les lumières de l'arbitre pouvaient suppléer à la règle écrite dans le texte des lois. Ce serait alors quelque chose d'analogue à cette justice de saint Louis sous le chêne de Vincennes, ou bien à la juridiction qu'exerçaient dans les temps primitifs, si l'on

en croit l'histoire, les sages et les vieillards assis sous les portiques et rendant en face de l'image de leur dieux des sentences toujours respectées (1). » Né de la bonne volonté des parties, l'arbitrage est contraire à toute réglementation, et sa constitution ne peut ni ne doit être soumise à aucune contrainte. En matière commerciale surtout, c'est une nécessité remarquable. La plupart des affaires qui sont à résoudre ne sont ni des affaires techniques, ni des affaires internationales, mais surtout et avant tout des affaires contentieuses; d'après les statistiques, les poursuites en recouvrement représentent 80 0/0 des procès; or, il est d'une impérieuse nécessité de défendre énergiquement la religion de l'échéance. Elle l'est très heureusement par la procédure rapide et simple des tribunaux de commerce; dans les trois jours les décisions sont rendues, et quand l'appel est permis, les jugements sont souvent exécutoires par provision. A combien de graves inconvénients l'usage de la clause compromissoire n'expose-t-elle pas au contraire les contractants. Un débiteur de mauvaise foi peut par elle obtenir des délais exagérés, refuser de nommer son arbitre, faire défaut à toute procédure et faire perdre en démarches inutiles un temps bien précieux.

N'est-il pas étrange d'ailleurs qu'au moment de

(1) BONGENNE et BOURBEAU, *Procédure civile*, t. VI, p. 11.

résoudre un litige, on se trouve ainsi forcé de recourir à l'arbitrage, alors qu'en pareille circonstance, on ne l'est jamais de recourir aux tribunaux ?

Ces considérations ont déterminé à la clause compromissoire bien des détracteurs et nous citerons à cet effet les conclusions très intéressantes du rapport de la conférence générale des présidents des tribunaux de commerce en 1909 (1) : « L'arbitrage est souhaitable, mais il ne doit pas être imposé : la loi peut l'encourager, l'évolution des mœurs peut le favoriser, mais après les études approfondies des différents rapporteurs, il paraît bien se déduire que l'adoption du projet de la loi de M. Louis Dreyfus n'est pas souhaitable. Il est sage que les parties qui veulent compromettre soient d'accord avec la plus grande précision sur l'objet du compromis et le choix des arbitres. Pour des commerçants qui se connaissent, dit M. Walier, certains l'un et l'autre de la loyauté en affaires de son co-contractant, assurés également de la compétence et de l'impartialité de l'arbitre, la sentence exécutée de bonne foi et sans délai sera véritablement la justice idéale. Il est nécessaire que la loyauté et la bonne foi dominent toutes les relations commerciales ; cette condition essentielle, jointe à une connaissance plus approfondie de la part des commer-

(1) Assemblée de Paris, 14 juin 1909. — Lyon, 1909, p. 9 et 10.
— Rapport de M. Roy, ancien président de Melun.

gants de notre droit consulaire, fera plus et mieux qu'une loi nouvelle. »

« Les textes actuels ne semblent point appeler une réforme, car c'est aux mœurs, aux coutumes commerciales qu'il importe d'adapter la clause compromissoire génératrice de l'arbitrage. La sanction que n'édicte pas la loi se trouvera en réalité dans la disqualification que subirait et que déjà subit le commerçant qui fausse sa parole ; la sanction se trouvera encore dans les avantages de rapidité et d'économie que les parties en désaccord momentané sont susceptibles de rencontrer chez des arbitres non professionnels, désignés pour un litige déterminé qu'ils résoudront sans frais et sans délai. Notre Code de commerce qui reconnaît et sanctionne la validité de la clause compromissoire en matières d'assurances maritimes, n'interdit nulle part que les conventions particulières règlent d'autres litiges en dehors des tribunaux. L'arbitrage fixé sans la précision nécessaire conduit aux longs procès ; tel qu'il est organisé par l'art. 1006, C. Pr. le compromis est susceptible de répondre à tous les besoins. Conçu suivant le projet de la loi de M. Dreyfus, l'arbitrage devient une conciliation imposée et mal subie. Suivant l'observation profonde de M. le président Niogret « l'intervention d'une personne que distinguent ses lumières et son autorité peut être fort utile pour prévenir les inimitiés et les procès ; mais, cette influence ne doit

être ni la conséquence ni l'objet d'une institution publique. C'est surtout le caractère personnel du conciliateur, la manière dont il doit s'y prendre, la confiance qu'il a su inspirer, qui assurent le succès de ses conseils : ces moyens ne se commandent pas, et nous croyons qu'il n'y a pas de réglementation utile en pareille matière... » Appliquant au projet de loi dont nous avons fait rapidement l'étude cette appréciation de M. le président Niogret sur la conciliation, votre rapporteur vous propose de déclarer que l'opportunité de la réforme n'est pas établie, et que la conférence générale est d'avis que se trouve repoussée la modification proposée à la procédure de l'arbitrage ». Ces conclusions du rapport furent unanimement acceptées.

La nécessité d'une réforme légale pour donner à la clause compromissoire une validité absolue, ne paraît donc pas s'imposer et il semble même bien que l'on paraisse donner raison à la jurisprudence quant à son interprétation restrictive de l'art. 1006. La cause en est, nous l'avons vu, que l'on considère l'arbitrage comme une institution placée en dehors et au-dessus des lois, qui ne réclame du législateur aucun appui pour en consacrer l'existence ou en assurer la constitution. Sans doute le législateur a-t-il conféré à la sentence arbitrale une force dont elle était par elle-même incapable ; mais c'est qu'il im-

portait à la société de favoriser le règlement définitif des différends une fois confié à des arbitres.

Quant à étendre davantage cette intervention légale et à rendre l'arbitrage obligatoire de quelque façon, ce ne saurait être une nécessité sociale ; et il y a, d'autre part un danger : celui de convertir l'institution de l'arbitrage en une véritable instance judiciaire, qui n'aurait plus de l'arbitrage que le nom, sans en conserver ni la nature, ni les avantages. Il est seulement vrai que la clause compromissoire étant une convention, il serait assez légitime que comme tout acte de cette nature, son inexécution donne lieu à des dommages-intérêts. Mais nous voyons à quelles difficultés l'évaluation de ces dommages-intérêts donne lieu, et l'on peut se demander jusqu'à quel point il serait heureux qu'un changement se produise dans la jurisprudence qui permette d'assurer d'une manière aussi aléatoire et indirecte la constitution du compromis ?

D'une part les origines, l'histoire et la nature même de l'arbitrage le rendent incompatible à toute contrainte. C'est une justice purement et essentiellement volontaire, dont la fin justifie l'existence légale, mais qui n'a de raison d'être qu'en dehors de toute immixtion de la part du législateur.

D'autre part, l'arbitrage n'a d'utilité sociale que dans la mesure où il aboutit à la solution des conflits pour laquelle il a été établi. S'il donne lieu comme

au cas de clause compromissoire, à des difficultés sur sa constitution même, n'est-il pas légitime qu'on ne le reconnaisse que sous condition d'être définitivement formé.

Aussi paraît-il peu douteux qu'aucune modification ne se produira de longtemps ni dans nos lois ni dans notre jurisprudence, au sujet de l'art. 1006. Il y a d'autant plus de raisons de le croire que l'organisation judiciaire française est assez complète en elle-même pour que l'usage de l'arbitrage n'ait chez nous qu'une importance toute secondaire. En matière commerciale notamment, où l'application de l'article 1006 a toujours suscité le plus de critiques, la constitution des tribunaux consulaires avec ses juges élus, et la rapidité de ses procédures, présente en grande partie les avantages même de l'arbitrage. L'usage de l'arbitrage implique d'ailleurs un certain développement de l'initiative privée, qui n'est pas tout à fait conforme aux habitudes et aux mœurs de nos nationaux et ne correspond que bien imparfaitement à la conception qui n'est que trop prédominante en France aujourd'hui de l'Etat souverain dispensateur de tous les besoins sociaux. La justice est une fonction sociale qu'il semble tout naturel de considérer comme un apanage de l'Etat.

Il n'en est pas moins vrai que diverses tentatives se sont produites dans ces dernières années pour introduire dans notre législation l'usage de la clause

compromissoire. Si ces tentatives ont toutes plus ou moins échoué, en se heurtant à une jurisprudence très forte et à un courant d'opinion défavorable, elles n'en sont pas moins un indice certain d'un état d'esprit nouveau, favorable à l'extension de l'arbitrage. Cette tendance a, nous l'avons vu, sa source dans les multiples inconvénients d'une organisation judiciaire trop vieille et qui ne s'adapte pas assez aux nécessités sociales nouvelles. C'est dans la nécessité de refondre pour les améliorer toutes les juridictions publiques existantes, qu'il faut ainsi comprendre tout ce mouvement de vœux et de projets de lois sur l'arbitrage qui a marqué ces dix dernières années. L'arbitrage est pour les institutions judiciaires à la fois un auxiliaire efficace et surtout un instrument de progrès. Il représente une sorte de justice idéale, impliquant une bonne foi réciproque des parties, la compétence et l'impartialité des juges, la rapidité et la gratuité de la procédure. Il n'a lui-même dans la pratique toutes ces qualités qu'à la condition formelle de rester avant tout volontaire et amiable. Mais cette conception supérieure qu'il donne de la justice incite nécessairement les législateurs à améliorer toujours davantage les institutions judiciaires qui en sont issues. Peut-être le législateur français ferait-il bien d'entreprendre conformément à cette inspiration, une œuvre de réorganisation judiciaire, qu'on se plaît à réclamer depuis bientôt cinquante ans ?

CHAPITRE VI

LÉGISLATION ET JURISPRUDENCE BELGES

La législation belge est identique à la nôtre et lors de la formation, en 1814, d'un Etat Belge distinct de la France, cet Etat conserva les lois que son annexion temporaire à notre pays lui avait données. Les articles 1003 et suivants du Code de Procédure civile, les articles 51 et suivants et 332 du Code de commerce eurent donc leur application en Belgique.

Si toutefois l'interprétation de ces différents articles fit naître en Belgique comme en France les mêmes discussions, elle est loin d'avoir abouti au même résultat. Loin de se ranger à l'interprétation prohibitive de la Cour de cassation française, la jurisprudence belge, malgré des hésitations nombreuses et sans cesse renouvelées se prononça pour la distinction que nous avons indiquée entre le compromis et la promesse de compromettre, et elle valida la clause compromissoire comme étant une promesse de compromettre échappant aux conditions restrictives de l'art. 1006 du Code de procédure civile.

Nous ne reviendrons pas sur cette interprétation et les controverses qu'elle a soulevées. Nous nous contenterons de citer quelques arrêts et dans la doctrine les arguments les plus habituellement employés pour légitimer cette jurisprudence.

Un arrêt de la Cour de Bruxelles du 4 janvier 1885 établit ainsi qu'il suit ses conclusions :

« Attendu que l'art. 1006 du Code de Procédure civile suppose une difficulté déjà née, sur laquelle les intéressés conviennent, par forme de compromis, de s'en rapporter à la décision des arbitres, et qu'il est dès lors naturel qu'une pareille convention ne soit valable qu'autant que l'objet du litige y soit clairement indiqué et que l'on y désigne les arbitres auxquels les parties donnent le pouvoir de décider leurs différends.

« Mais que cette règle n'est évidemment pas applicable à la clause du contrat par laquelle il est stipulé qu'en cas de difficultés futures sur l'exécution, elles seront décidées par des arbitres et sans appel.

« Qu'en effet il est alors impossible de déterminer d'avance l'objet précis d'un litige qui n'existe pas encore et de désigner les personnes qui décideront sur des difficultés qui peut-être ne se présenteront jamais, ou seulement après un grand nombre d'années.

« Que cependant cette convention qui ne contient d'ailleurs rien de contraire aux lois ni à l'ordre

public, doit pouvoir être exécutée comme une loi que les parties se sont imposées à elle-mêmes ; et que l'effet d'une pareille clause doit être nécessairement qu'en cas de difficultés survenues, les parties, ou s'entendront entre elles sur la nomination des arbitres, ou s'adresseront au juge pour les faire nommer.

« Qu'ainsi en s'attachant à l'art. 1006 du Code de Procédure le premier juge a confondu deux cas bien distincts, celui où l'arbitrage résulte uniquement du compromis, qui ne doit lier les parties qu'autant qu'il renferme tout ce qui est, par la nature des choses, essentiel à la perfection d'un pareil contrat, et le cas où l'arbitrage résulte soit de la loi générale comme en matière de société de commerce, soit de la loi particulière d'un contrat, lorsque les contractants, comme au cas présent, se sont d'avance engagés à compromettre et à nommer des arbitres en cas de difficultés sur son exécution (1). »

Il semble que l'argumentation employée par l'avocat général Hello dans l'arrêt de Cassation française du 10 juillet 1843 ait eu dans la formation de cette jurisprudence une influence particulière, M. Lavallée (2), en se servant des termes mêmes du réquisitoire de cet arrêt, s'est efforcé de démontrer que la

(1) *Pasicrisie*, Cour de Bruxelles, 1824-1825, p. 269.

(2) *Belgique judiciaire*, 1843, p. 393.

clause compromissoire constitue un contrat in-nommé soumis aux règles générales des conventions, à la différence du compromis, contrat nommé, soumis aux prescriptions de l'art. 1006 du Code de Procédure.

Le grand mouvement qui, vers 1843, entraîna en France l'abolition des articles 51 et suivants du Code de commerce et la condamnation de la clause compromissoire, eut certainement son contrecoup en Belgique. De nombreux arrêts furent rendus à cette époque qui auraient pu entraîner la jurisprudence belge dans la même voie que sa voisine. La Cour de Liège, en date du 12 juin 1844 (1), celle de Bruxelles, le 21 décembre 1850 (2), et le tribunal de commerce de Gand (3), décidèrent que la clause compromissoire est soumise aux mêmes règles que le compromis, pour sa validité, et que l'on ne peut faire aucune distinction légalement justifiable entre les deux contrats (4).

De semblables hésitations se produisirent dans la jurisprudence belge jusqu'en 1880; environ (5); mais elles ne se présentèrent jamais qu'à titre purement exceptionnel. La loi du 18 mai 1873, elle-même, qui,

(1) *Belgique judiciaire*, 1845, p. 1479.

(2) *Journal de Procédure*, 1851, p. 23.

(3) 18 février 1865. *Belgique judiciaire*, 1865, p. 130.

(4) Civil Bruxelles, 12 juin 1844, *Belgique judiciaire*, 1844, p. 1214. — Civ. Gand, 26 juin 1858, *Jur. Anvers*, 1861, II, p. 134.

(5) Commerce Gand, 11 août 1877, *Jur. Anvers*, 1878, II, p. 36. — *Id.*, 5 déc. 1877, *Belgique judiciaire*, 1878, p. 47.

à l'instar de notre loi de 1856, abolit l'arbitrage forcé, par l'abrogation en matière de sociétés des art. 51 et suivants du Code de commerce, n'eut aucune influence décisive sur l'usage de la clause compromissoire et l'interprétation de l'article 1006. L'arbitrage forcé fut alors cependant très énergiquement combattu. La suppression de cet arbitrage, dit Guillery (1), « ne laissera pas de regrets. Fruit d'une illusion sur la sécurité et la rapidité présumée d'une juridiction privée, il a disparu sans opposition. On le croyait nécessaire au jugement de contestations nées d'une existence commune, qui tient beaucoup des rapports de famille. Mais l'expérience a démenti toutes ces prévisions pour le contrat de société, comme elle les avait trompées pour ce qui concerne les affaires de famille... Démentant les espérances du législateur, l'expérience démontra que la juridiction arbitrale est à la fois la plus coûteuse, la plus hérissée de retards, de remises et d'obstacles de toutes sortes ; qu'en un mot, elle n'est utile à personne ». — « Sans doute il est des circonstances où je conseillerai de nommer des arbitres ; mais il faut laisser aux intéressés le soin d'y pourvoir et de juger de l'opportunité de cette mesure exceptionnelle ; en principe, les garanties pour les justiciables et pour la société se trouvent dans la pro-

(1) FUILLERY, *Des sociétés commerciales en Belgique*, t. I, p. 210, n° 235. Voir encore : Documents parlementaires, Chambres des représentants. Rapport Jacobs 1872-73, p. 307.

cédure régulière et dans la publicité. Vouloir mieux faire, c'est s'exposer à beaucoup de mécomptes. »

La jurisprudence belge toutefois, et avec elle la doctrine, ne se laissèrent nullement influencer par ces considérations sur l'arbitrage forcé et ne conclurent point de là à la nullité des clauses compromissaires. La question présentait une importance particulière lorsque de pareilles conventions sont insérées dans un acte de société et nous savons comment M. Regnaud, rapporteur de la loi de 1856 française, l'avait résolue. La jurisprudence belge décida au contraire qu'une clause compromissoire ainsi contractée est parfaitement valable, « considérant, dit un arrêt de cassation du 6 juin 1879 (1), que l'arrêt attaqué constate en fait que d'après les statuts sociaux les contestations entre associés étaient soumises à l'arbitrage conventionnel ; — considérant que si l'art. 137 de la loi du 18 novembre 1873 a aboli l'arbitrage forcé en matière de sociétés, il résulte des travaux préparatoires de cette loi que l'on n'a voulu porter aucune atteinte au droit des associés de stipuler un arbitrage volontaire ; qu'en le décidant ainsi l'arrêt attaqué n'a contrevenu à aucun des textes cités à l'appui du second moyen ». De nombreux arrêts furent rendus dans le même sens (2) ; si la jurisprudence

(1) *Pasicrisie*, Cassation, 1879, p. 291.

(2) V. Tournai, 27 février 1878, *Pasicrisie*, 1878, p. 297. Mons 13 avril 1874, *Pasicrisie*, 1875, p. 77.

trouvait ainsi que l'insertion d'une clause compromissoire dans un acte de société ne pouvait porter atteinte à aucune loi, à plus forte raison de pareilles clauses étaient-elles parfaitement légitimes dans tous les autres cas.

La Cour de cassation belge s'était d'ailleurs et depuis longtemps prononcée catégoriquement pour une interprétation très large de l'art. 1006. C'est en termes fort nets qu'en 1847, l'avocat général Dewandre (1) s'exprimait déjà à ce sujet : « La promesse de compromettre, acte qui précède nécessairement le compromis, mais qui ne le constitue pas, est un acte qui rentre dans le domaine des conventions ordinaires, un acte qu'aucune disposition de loi n'interdit et auquel il n'y a d'applicable que le principe sur la capacité des personnes et sur la matière du contrat ». C'est en ce sens que s'est déclarée la Cour de cassation belge ; nous lisons dans un arrêt de cette Cour du 17 février 1888 (2) : « Attendu que la clause compromissoire n'est interdite par aucun texte de loi, qu'elle n'est point contraire à l'ordre public et rentre dans le domaine des conventions particulières, auxquelles sont applicables les principes sur la capacité des personnes et sur la matière des contrats. Attendu d'ailleurs que sa validité a été formellement

(1) Réquisitoire Dewandre, Cassation, 8 juin 1849, *Belgique judiciaire*, 1849, p. 724. *Pasicrisie*, 1850, p. 89.

(2) D. 1889.2.168.

reconnue par l'art. 332, que la faculté résultant de cette disposition, loin d'être exceptionnelle, dérive d'un principe de droit commun qui en admet l'existence. Attendu il est vrai que l'article 1006 du Code de Procédure civile exige à peine de nullité la désignation des objets en litige et les noms des arbitres, mais que ces prescriptions concernent le compromis proprement dit et non la clause compromissoire ; que l'obligation de compromettre n'étant au surplus contractée qu'en vue des difficultés futures, la désignation requise par l'article invoqué serait à son égard inefficace et même impossible » (1).

La convention d'arbitrage est donc parfaitement valable dans la législation belge, bien que portant sur des litiges futurs, elle ne désigne ni le nom des arbitres ni l'objet du litige ; un juge saisi d'un différend dont la solution ressort à des arbitres en vertu d'une convention de cette nature devra se déclarer incompétent (2) et dans quelque traité que cette clause aura été insérée, elle produira plein et entier effet,

(1) V. encore : Cassation, 10 août 1846. *Belgique judiciaire*, 1847, p. 1232. — Bruxelles, 22 avril 1859, *Belgique judiciaire*, 1860, p. 5. — Liège, 8 juin 1854, *Pasicrisie*, 1854, p. 316. *Belg. judic.*, 1854, p. 1336. — Civ. Anvers, 18 juill. 1847. *Belg. judic.*, 1847, p. 1234. *Belgique judic.* 1847, p. 550 et 1233. — Commerce Anvers, 26 sept. 1871, *Jur. Anvers*, I, p. 256. — Marche, 5 déc. 1872, *Pasicrisie*, 1873, p. 24. *Jur. Anvers*, II, p. 144. — Gand, 8 août 1874, *Pasicrisie*, 1874, p. 43, *Belg. judic.*, 1875, p. 211. *Jur. Anvers*, 1875, II, p. 13.

(2) Civ. Malines, 28 juill. 1848, *Belg. judic.*, 1849, p. 410.

particulièrement en matière de sociétés commerciales, malgré la suppression des articles 51 et suivants du Code de commerce (1) et en matière d'assurances terrestres, à raison spécialement de la similitude du contrat avec celui d'assurances maritimes régi par l'art. 332 du Code de commerce (2). La jurisprudence belge a fait de nombreuses applications de ce principe et en toutes matières (3).

Du fait de la validité de la clause compromissoire, la question se posait dès lors dans la législation belge de savoir de quelle manière sera assurée la constitution de l'arbitrage qui fait l'objet de cette convention. Nous avons déjà vu que deux moyens pouvaient se présenter pour faire exécuter contre la partie récalcitrante le compromis auquel elle s'est engagée, soit une action en dommages-intérêts, soit l'intervention des tribunaux, venant suppléer la volonté des parties qui s'y refusent, comme en matière d'arbitrage forcé. La jurisprudence belge hésite entre ces deux sanctions. Le Tribunal de commerce de Gand, à la date du 1^{er} septembre 1877 (4) et du 5

(1) Anvers, 2 nov. 1878, *Jur. Anvers*, I. 71.

(2) Cassation, 8 juin 1849, *Belg. judic.*, p. 724. *Pasicrisie*, 1850, p. 89.

(3) V. en mat. de sociétés de secours mutuel : Liège, 30 mai 1883 et en matière de vente : Anvers, 24 octobre 1863. *Jur. Anvers*, 1864, I, 72, etc.

(4) *Pasicrisie*, 1877, p. 346.

décembre 1877 (1), juge que la clause compromissoire constitue une obligation de faire rentrant dans les termes de l'art. 1142 du Code civil et qu'à ce titre elle ne peut donner lieu en cas d'inexécution à des dommages-intérêts. Ce n'est pourtant pas l'opinion qui semble le plus couramment admise. Un arrêt de cassation du 8 juin 1849 (2) décide « qu'en pareil cas l'arbitrage devient forcé, d'après la maxime générale, *quæ ab initio erant voluntatis ex post facto fiunt necessitatis*, et que si l'une des parties refuse de nommer un arbitre, le juge doit en nommer un pour elle... Attendu que l'obligation de nommer des arbitres en cas de contestation ne rentre en aucune manière dans l'obligation de faire dont parle l'art. 1142 du Code civil; que cet article contient la reproduction de la maxime : *nemo præcise cogi potest ac factum*; que cette maxime est fondée sur ce qu'en cas de refus de poser le fait promis, il faudrait forcer ou violenter le débiteur pour lui faire poser ce fait, ce qui pourrait gêner la liberté individuelle et dégénérer quelquefois en une espèce de servitude, comme l'obligation de faire un tableau, de faire un livre, de faire l'éducation de quelqu'un; mais que ni cette maxime ni ses motifs ne peuvent s'appliquer à l'obligation de compromettre ou de nommer un arbitre, ce qui ne porte

(1) *Belg. judiciaire*, 1878, p. 47.

(2) *Pasicrisie*, 1850, p. 81.

aucune atteinte à la liberté individuelle et ce qui en cas de refus peut être suppléé par le Juge ».

L'obligation de faire qui résulte ainsi d'une clause compromissoire ne forme donc pas une obligation de prêter un fait personnel qui ne peut être suppléé par un tiers et dont l'accomplissement porte atteinte à la liberté individuelle. L'arbitrage qui naît d'une clause compromissoire est un véritable arbitrage forcé (1), si les parties ne rédigent pas le compromis les tribunaux s'en chargeront pour elles et nommeront les arbitres à leur place, d'ordinaire ils n'auront même pas cette peine ; car la clause contient le plus souvent une désignation suffisante du tribunal arbitral choisi ; et les tribunaux ordinaires n'auront qu'à attribuer à cette juridiction nouvelle la compétence qui leur revient.

La formation du compromis faite en vertu d'une clause compromissoire préalable soit volontairement par les parties contractantes, soit obligatoirement imposée ou suppléée par les tribunaux, donne lieu aux mêmes difficultés qui pourraient naître à l'occasion d'un compromis contracté en toute indépendance ; les règles édictées par les art. 1003 et 1004 du Code de Procédure civile reçoivent en ces matières une application absolue. Le compromis ne pourra se former valablement s'il porte sur un des objets spécialement

(1) V. Tournai. 27 févr. 1878, *Pasicrisie*, 1878, p. 297, Charleroi, 6 août 1878, *Pasicrisie*, 1879, p. 121.

déterminés par l'art. 1004 comme ne pouvant donner lieu à un jugement arbitral, et d'autre part d'après l'art. 1003 il ne pourra avoir lieu qu'entre personnes ayant la capacité requise pour compromettre.

La question présente un intérêt particulier, quand la constitution de l'arbitrage s'impose entre parties, dont les unes sont encore mineures. L'art. 1004 en prohibant l'arbitrage pour toutes les causes soumises à communication au ministère public, aboutirait à annuler tout compromis passé dans de telles conditions. La clause compromissoire serait-elle ainsi entièrement nulle et de nul effet, si, valablement contractée entre personnes capables, elle devenait opposable aux héritiers mineurs de quelques-unes ? La question fut très nettement résolue par un arrêt de cassation du 12 juillet 1855 (1) sur les conclusions remarquables de l'avocat général Faidher, dont nous citerons le passage suivant : « On argumente des inconvénients de la nullité ou de la suspension de la clause compromissoire... Ces inconvénients d'ailleurs ne seraient pas imaginaires, qu'ils seraient moindres que ceux qui découleraient de la violations des lois véritablement organiques, des lois d'ordre public. Mais de quoi s'agit-il ? en réalité. De constituer, de former le tribunal arbitral, d'organiser le compromis. Cela est

(1) *Pandectes belges*, tome XXII, p. 413 au mot compromis. *Pasicrisie*, 1855, p. 380. *Belgique judiciaire*, 1855, p. 1636.

légalement impossible à un mineur ; donc la clause compromissoire ne peut être appliquée. Or, de deux choses, l'une : ou le mineur est près d'atteindre sa majorité, alors les intéressés majeurs pourront attendre avant d'agir ; ou la majorité est encore éloignée ou l'affaire est urgente, alors les demandeurs saisiront les tribunaux ordinaires et l'affaire s'y terminera parce que, lorsque la justice a été saisie, elle l'a été régulièrement et qu'elle doit remplir sa mission. Dans d'autres contestations qui surgiraient plus tard, si les sociétaires sont majeurs, la clause compromissoire reprendra son empire, elle sera mise en mouvement. le compromis suivra le sort des principes qui le régissent... »

« On dirait à entendre les demandeurs que la clause compromissoire est un acte parfait et absolu, qui exerce son action immédiate et uniforme sur tous les faits sociaux ; au contraire, la clause compromissoire n'a d'autre effet que de permettre à ceux qui en auront la capacité spéciale, de former des compromis successifs et temporaires, à mesure que surgiront les contestations ; et cela même permet de suspendre l'exécution de la clause compromissoire, de la faire revivre, de la suspendre encore, chaque fois que dans l'exécution, les actes spéciaux de compromis seront ou possibles ou interdits par l'état des parties. »

On pourrait penser que l'usage de la clause compromissoire eût pu porter quelque atteinte à l'institu-

tion de la justice publique et en diminuant ses attributions lui enlever une partie de son importance et de sa valeur. Il ne semble pas cependant que cet usage ait entraîné en Belgique non pas une désertion absolue des juridictions constituées mais même une diminution appréciable de leur autorité.

C'est surtout en matière commerciale où l'emploi de la clause compromissoire eut un développement particulièrement étendu. Ce développement aboutit à créer dans les rapports commerciaux certaines pratiques qui, destinées à faciliter la constitution de l'arbitrage, devaient nécessairement arriver à donner à l'institution une physionomie assez originale. Nous voulons parler de la formation, dans certaines professions, de chambres syndicales d'arbitrages qui, uniquement chargées à l'origine de discuter les intérêts de leurs participants, furent naturellement tout indiquées pour résoudre en connaissance de cause les conflits qui pourraient se produire entre eux. La solution des différends entre gens de même métier par des professionnels, d'ordinaire choisis parmi les plus compétents, assure aux intéressés une protection toute particulière de leurs intérêts et leur donne une garantie absolue.

De nombreuses chambres syndicales furent fondées à Anvers, dans les années qui suivirent l'abrogation des Chambres de commerce par la loi du 11 juin 1875. Elles n'eurent à leur début pour objet que de s'occu-

per à protéger et à assurer les intérêts des diverses professions (1) qui en avaient établies. Mais leur compétence très particulière fit bientôt étendre leurs attributions et on leur conféra la mission de trancher toutes les contestations qui surgiraient au sujet des conventions ayant pour objet un des articles dont elles s'occupent.

La chambre arbitrale de grains et graines, qui a sur le marché d'Anvers une importance toute spéciale, a ses statuts ainsi conçus :

« *Art. 1.* — Il est formé à Anvers une Chambre arbitrale pour connaître et juger les contestations entre vendeurs et acheteurs de grains...

« *Art. 2.* — La Chambre sera composée de 12 arbitres pour les grains, 9 arbitres pour les graines.

« *Art. 3.* — Ces arbitres seront nommés au scrutin secret et à la pluralité des voix pour le terme d'un an par et parmi les négociants, courtiers en grains et graines, meuniers, huiliers, brasseurs et distillateurs patentés comme tels sur la place d'Anvers et adhérant à la Chambre arbitrale. Les deux tiers des arbitres devront être des négociants et agents, et l'autre tiers des industriels et courtiers. La Chambre sera renouvelée par moitié tous les six mois...

(1) De semblables chambres syndicales furent établies entre commerçants en grains et graines, vins et spiritueux, pétroles, transport et navigation, saindoux et salaisons, sucres bruts et raffinés, cafés, fruits.

« *Art. 4.* — Les arbitres connaîtront et jugeront en dernier ressort tous les différends résultant de contrats à livrer, ou de marchés faits en marchandises disponibles, tant à Anvers qu'à l'intérieur du pays, pourvu que la délivraison s'en fasse à Anvers et que le contrat porte que les parties contractantes s'en réfèrent à la décision de la Chambre arbitrale et de conciliation d'Anvers, ils sont entièrement dispensés de l'observation des formalités judiciaires...

« *Art. 8.* — Toute contestation sera jugée par trois membres de la Chambre arbitrale qui seront désignés par le sort comme suit : les deux premiers parmi les négociants et agents, le troisième parmi les industriels et courtiers. — A cet effet, les noms seront déposés dans une urne et le tirage se fera par le président ou son délégué. — Le jugement sera rendu à la pluralité des voix...

« *Art. 9.* — La Chambre arbitrale peut s'entourer de toutes les lumières et puiser partout ses éléments de conviction. Elle a le pouvoir, dans les différends qu'elle sera appelée à vider, de désigner le cas échéant tels ou tels experts qu'elle jugera convenir. Elle ordonnera pour la constatation de l'état ou de la qualité des marchandises telles épreuves de vérification qu'elle trouvera utiles.

« *Art. 10.* — La Chambre essaiera avant tout de concilier les parties, but principal de son institution ».

Les nombreuses Chambres arbitrales établies à

Anvers sont toutes constituées sur ce modèle, chacune d'elles se trouve ainsi investie d'une juridiction restreinte à une certaine espèce de marchandises ; chacune a ses statuts organiques, son personnel d'arbitres, son greffe et forme un véritable tribunal de commerce spécial.

L'organisation de pareilles institutions facilite singulièrement l'arbitrage mais réduit la clause compromissoire à n'être plus qu'un simple acte attributif de compétence. Par la désignation très nette du tribunal arbitral, l'indication du genre de contestations prévues, elle donne à cette convention le caractère de précision nécessaire à la validité d'un véritable compromis : c'est du moins en ce sens qu'a jugé la jurisprudence belge :

« Attendu, dit un arrêt de Bruxelles du 15 mars 1877 que les arbitres ne doivent être individuellement indiqués par leurs noms, profession et domicile, qu'il doit suffire pour que le vœu de la loi soit accompli et qu'ils aient titre, suivant l'expression du tribun Mallerme, dans l'exposé des motifs, qu'il ne puisse exister aucun doute sur le choix des parties et que la désignation soit telle que les juges élus soient investis du pouvoir de statuer sur la contestation sans qu'il soit besoin ultérieurement de l'intervention ou du consentement des parties.

« Attendu que tel est bien le cas de la convention du 24 octobre 1876 en exécution de laquelle la sen-

tence arbitrale dont la nullité est poursuivie a été rendue le 26 décembre dernier puisque l'arbitre indiqué au contrat est la Chambre arbitrale et de conciliation d'Anvers pour grains et graines telle qu'elle est constituée par ses statuts et son règlement.

« Attendu que... les intimés ont suffisamment indiqué l'objet sur lequel devait porter le litige, en disant qu'en cas de contestations sur l'exécution de leur contrat (de vente)... ces contestations seraient vidées par la voie de l'arbitrage (1) ».

L'usage de la clause compromissoire tend ainsi en Belgique à transformer l'arbitrage en une véritable juridiction. Il marque le premier pas dans la constitution de tribunaux nouveaux, à qui il ne suffit plus que d'avoir une compétence légalement reconnue et imposée pour devenir une des manifestations de l'institution légale de la justice.

Cette réglementation de l'arbitrage, tout en lui enlevant les caractères distinctifs de sa nature, lui confère une autorité nouvelle, en donnant aux parties qui s'y abandonnent toutes les garanties d'une institution sérieusement conçue et organisée. C'est une juridiction à laquelle on recourt et dont on n'a besoin que d'accepter les lois sans avoir à concourir à leur formation-

Ces Chambres syndicales d'arbitrage ont eu leur

(1) *Belgique judiciaire*, 1877, p. 470. Voir encore Anvers, 1^{er} février 1876, *id.*

développement principal à Anvers, à raison surtout de l'importance considérable que présentaient dans cette place de commerce, une des premières du monde, les différentes professions dont elles sont issues. Leur existence se heurtait ailleurs à la constitution de tribunaux de commerce, dont l'organisation suffisait largement à assurer le fonctionnement régulier de la justice.

Cette utilisation de la clause compromissoire au règlement normal des conflits, ne semble pas destinée à un très grand avenir. Il tend à se former actuellement en Belgique une tendance nouvelle, en vue d'établir légalement un régime de l'arbitrage conforme à celui de la loi française et à l'interprétation qu'en a donnée la jurisprudence de notre pays.

Un projet de revision du Code de procédure civile, présenté le 24 mars 1875 à la Chambre des représentants, porte dans son chapitre préliminaire, intitulé, « Des moyens de prévenir et d'éteindre un procès », la disposition suivante sur l'emploi de l'arbitrage : art. 1 (alinéa 2) : « Il est interdit de faire un compromis sur des contestations futures ». Cette nouvelle disposition est la négation complète de l'existence de la clause compromissoire. Dans son exposé des motifs et dans les discussions préparatoires, le rapporteur du projet, M. Allard, ne s'est d'ailleurs pas abstenu de le dire et d'appuyer par

ses arguments sur la nécessité de cette modification (1).

Si ce projet de loi venait à être admis, non seulement la clause compromissoire deviendrait impossible, mais l'importance des Chambres syndicales d'Anvers se trouverait par là même diminuée. Elles ne disparaîtraient pas sans doute, car par leurs travaux et par leurs vœux, elles sont toujours utiles aux professions et aux industries qui les ont formées ; mais elles perdraient une de leurs attributions essentielles par la suppression de leur rôle d'arbitres obligatoires pour certaines affaires.

Malgré cette restriction considérable faite à leur compétence, il n'en est pas moins vrai que les Chambres syndicales conserveraient encore, au point de vue de l'arbitrage, une utilité incontestable. Choisis parmi les plus capables, les membres élus de ces assemblées forment un corps d'arbitres tout désignés pour tous ceux qui, en l'absence d'une clause compromissoire, veulent cependant recourir à l'arbitrage. C'est en ce sens d'ailleurs qu'a été constitué en France le « collège d'arbitres de la Chambre de commerce belge de Paris (2) ». Ce collège est composé

(1) Rapport de M. Allard. Documents parlementaires. Chambre des représentants, 1869-1870, III, p. 203. — V. encore ALLARD, *Examen critique du Code de procédure italien*, p. 10, et *Belgique judiciaire*, XXII, 1169.

(2) *Journal de la Chambre de commerce*, du 25 février 1898.

de personnes résidant à Paris, choisis par le Conseil d'administration de la Chambre qui en dresse la liste, pour statuer, en qualité d'amiables compositeurs, sur les difficultés commerciales qui peuvent surgir entre Belges ou entre Belges et Français et que les parties, dont l'une au moins doit résider en France, soumettent d'un commun accord à leur examen. Les demandes d'arbitrage sont adressées au président de la Chambre de commerce qui adresse aux parties la liste générale des arbitres : après que les arbitres désignés ont notifié par écrit leur acceptation ; président, parties et arbitres procèdent en commun à la rédaction et à la signature du compromis.

La prohibition de la clause compromissoire n'empêcherait donc pas l'institution des Chambres syndicales d'être un moyen efficace de favoriser le développement de l'arbitrage ; et il est probable que si le projet du 24 mars 1875 ou tout autre projet équivalent venait à être admis en Belgique, les Chambres syndicales d'Anvers s'organiseraient sur le modèle de la Chambre de commerce belge de Paris. Cette organisation d'un collège d'arbitres ne peut que faciliter l'arbitrage sans lui donner ce caractère obligatoire qui ne convient ni à sa nature, ni à son origine ni à sa fin.

La législation belge tend ainsi à revenir sur la faveur en laquelle elle a jusqu'ici tenu les conventions

générales d'arbitrage, et ses raisons sont celles-là même sur lesquelles la jurisprudence française s'est fondée pour condamner l'existence des clauses compromissaires. Il faut toutefois remarquer que la validité de ces dernières ne semble porter aucune atteinte importante aux juridictions constituées. L'usage d'ailleurs en est assez restreint et ne se trouve guère que dans les seuls rapports entre certains marchands et industriels ou relativement à certaines affaires, à Anvers principalement.

Malgré cet usage modéré et les avantages précieux qu'il peut offrir, la clause compromissoire est ainsi l'objet d'une certaine prévention de la part du législateur moderne, qui ne voit en elle qu'un moyen soit d'éviter les juridictions d'Etat, soit de retarder la solution des différends au grand détriment de l'intérêt général, soit encore de violer la liberté individuelle, en enlevant aux parties qui s'y sont soumises le droit de préférer les garanties de la justice publique aux avantages souvent illusoires et toujours instables de la justice arbitrale.

DEUXIÈME SECTION

La clause compromissoire dans les Législations étrangères.

Si toutes les législations reconnaissent l'arbitrage et en favorisent l'institution, toutes ne donnent pas dans la même mesure aux parties une liberté complète de soumettre d'avance à des arbitres les contestations qui pourront se produire entre elles dans l'avenir. Le pacte compromissoire universellement admis, quand il s'applique à des litiges actuellement existants dont il règle définitivement la solution, ne jouit plus de la même faveur quand il a pour but de trancher des litiges futurs.

Ce n'est pas que l'on considère nulle part la clause compromissoire comme illicite et qu'à ce titre on l'annule dans tous les cas. Il est toujours et partout loisible aux co-litigeants liés par une convention de ce genre, de l'exécuter en passant un compromis. A ce point de vue la clause compromissoire est parfaitement valable et telle elle serait sans aucune exception, si l'on n'avait jamais à compter que sur

la volonté réfléchie et l'honnêteté scrupuleuse de tous les contractants. Malheureusement, il n'en est pas ainsi et il peut arriver, il arrive fréquemment que l'une ou l'autre des parties contractantes refuse d'exécuter les engagements qu'elle a pris, soit parce que ces engagements lui ont été arrachés sans qu'elle en ait mesuré d'avance la portée exacte, soit parce qu'elle les juge actuellement contraires à ses intérêts.

En d'autres circonstances et pour d'autres engagements la constitution sociale actuelle invite le législateur à intervenir pour en assurer l'exécution, toutes les fois qu'il n'y a ni fraude ni violence à l'origine de la convention ainsi fermée. Or, on ne peut assimiler le contrat d'arbitrage à un contrat ordinaire. Ailleurs, l'exécution peut être rendue effective et elle l'est sans que le contrat ne subisse de transformation appréciable. C'est un débiteur qui refuse de payer sa dette, la puissance sociale, intéressée au maintien de l'ordre et de la bonne foi dans les relations publiques fera cesser cette perturbation en obligeant le débiteur à s'exécuter et saura suppléer à son inaction. En présence d'une clause compromissoire, au contraire, la condamnation à des dommages-intérêts est extrêmement délicate sinon impossible quant à la fixation du dommage subi, elle est souvent inefficace et toujours elle entraîne un retard dans le règlement du litige pendant, ajoute une perturbation nouvelle à l'ancienne.

Sans doute on peut suppléer au compromis des parties ; mais l'exécution forcée enlève à l'arbitrage toute la spontanéité qui le caractérise. Ce n'est plus cette « voie de paix et d'honnêteté que la sagesse conseille et à laquelle on ne peut être contraint (1) ». L'institution perd nettement son caractère contractuel pour se transformer en une sorte de procédure judiciaire, qui, par cette immixtion des juridictions constituées, n'est souvent ni moins longue ni moins coûteuse qu'une procédure ordinaire et qui, en tous cas, ne conserve de l'arbitrage que le nom et n'a d'autre caractéristique que d'enlever aux juges de droit commun la compétence qui leur revient en l'absence de l'accord des parties.

Quelques législations n'ont pas craint de pousser à cette conséquence extrême le respect des conventions privées et en assurant l'exécution forcée ont fait de la clause compromissoire un contrat très solide. La plupart au contraire n'ont osé aller jusqu'à et, dans le dessein de conserver à l'arbitrage toute sa portée sans modifier la nature du contrat de compromis, n'ont accepté la clause compromissoire que sous certaines conditions restrictives. Parmi ces dernières, nous avons vu que suivant l'interprétation de la jurisprudence française, notre législation semblait exclure toute reconnaissance formelle de la

(1) Nouv. DENIZART, n° 33 (déjà cité).

clause compromissoire, laissant seulement aux parties de bonne foi qui se sont engagées en connaissance de cause, la liberté de se soumettre aux exigences de leur contrat primitif en compromettant librement sur le litige qu'elles avaient prévu. Cette disposition est certainement une des plus restrictives qui soient. Elle n'est sans doute pas unique en son genre dans l'ensemble des législations, mais beaucoup de ces dernières ne prononcent pas une prohibition légale aussi absolue et tendent à donner une sanction à certaines clauses compromissoires répondant à des conditions nettement déterminées.

Nous allons étudier rapidement ces diverses législations. Il faut remarquer auparavant que nulle part il n'est question de clauses compromissoires générales, comme il en existe en droit international public, mais seulement de clauses compromissoires ayant en vue de régler certaines catégories nettement définies de litiges, ceux se rapportant, par exemple, à l'exécution ou à l'interprétation d'un contrat.

1° Législations refusant toute sanction légale à la clause compromissoire.

A côté de la législation française, il faut placer la législation espagnole. L'article 794 du Code de Procédure civile espagnol porte que le compromis doit être fait par acte authentique à peine de nullité et

qu'il doit indiquer également à peine de nullité le nom des parties et des arbitres, la question à résoudre, le délai, etc... C'est une prohibition analogue à celle qui ressort de notre article 1006, C. P. C.

La loi russe a des prescriptions analogues.

2° Législations accordant une sanction légale à toutes les clauses compromissoires.

Nous allons citer successivement certains cantons suisses, l'Autriche et l'Italie :

A. *Cantons Suisses.* — Les articles 334 à 337 du Code de Procédure du canton de Vaud contient les dispositions suivantes : Le compromis et la clause compromissoire doivent être écrits et signés des parties et déterminer soit la question, soit la nature des difficultés à soumettre aux arbitres. La clause ne pouvant porter désignation des arbitres, ceux-ci sont nommés par le président du tribunal sur l'assignation de l'une des parties. En matière de compromis proprement dit, ce magistrat n'intervient que si le contrat ne porte pas désignation d'arbitres ou si les personnes désignées ne peuvent ou ne veulent pas accepter le mandat.

Telles sont également les dispositions du Code de Procédure du canton de Soleure (articles : 1272 et 1278) et de Genève (art. 336) (1).

(1) Art. 336 (titre 24) du Code de procédure de Genève : « Elles

B. *Loi autrichienne.* — La loi autrichienne ordonne qu'en présence d'une clause compromissoire, le tribunal se déclarera incompétent. Il en a été ainsi jugé (*Judicatenbuch*, n° 26, tribunal supérieur, 4 mars 1858, n° 10.913).

C. *Loi italienne.* — Le Code de Procédure civile italien de 1865 spécifie dans son article 12 que « lorsque dans un contrat ou après coup, les parties se sont engagées à déférer à des arbitres leurs différends éventuels et que les arbitres n'ont pas été désignés ou sont empêchés, il est pourvu aux nominations nécessaires par l'autorité judiciaire, qui aurait été compétente pour connaître du litige à défaut de clause compromissoire. »

Il ne faut pas toutefois donner à ces dispositions une portée considérable. Il entre dans l'esprit sinon dans le texte des différentes législations ci-dessus, que la convention compromissoire qu'elles sanctionnent, n'est pas très générale et portant sur des contestations quelconques. Comme le remarque M. Goldschmidt, elles admettent la convention d'arbitrage « pourvu », comme dans le droit romain (1), que « la relation juridique d'où devra naître la contestation à

pourront, à l'égard des contestations éventuelles, s'obliger d'avance à en porter la décision à des arbitres. Une telle stipulation, tant qu'elle n'est pas révoquée par toutes les parties, rendra l'arbitrage forcé... »

(1) Loi 2, § 6. Loi 43. Loi 32, § 15. *De receptis*, 14.8.

venir, soit désignée clairement (1) ». Telles sont les dispositions du Code de Procédure bavarois (art. 1319) et du Code de Procédure civil allemand. L'article 851 de ce dernier Code porte que : « un compromis sur les contestations futures n'est valable que s'il a pour objet un droit déterminé et les contestations qui s'y rattachent (2) ». Nous lisons à la suite dans l'art. 855 que « si les deux parties ont le droit de désigner des arbitres, la partie poursuivante fait connaître par écrit à son adversaire l'arbitre qu'elle a choisi avec sommation d'en désigner un de son côté, dans le délai d'une semaine. Ce délai passé, l'arbitre est désigné par le tribunal compétent ». Il résulterait de la remarque que nous venons de faire que toute clause compromissoire ne serait pas par elle-même valable et que la juridiction compétente avant de rendre l'exécution forcée pourrait toujours contrôler si la désignation de l'espèce des litiges prévus est suffisamment précise.

M. Allard dans son étude du Code de procédure civile italien s'est élevé avec force contre cette exécution forcée de la clause compromissoire, admise par l'article 12 de ce code et par les différentes lois dont nous avons parlées : « Je constate avec un vif regret »,

(1) *Revue de droit international et de législation comparée*, 1874, pp. 429, 430. Article de M. Goldschmidt.

(2) Traduction GLASSON, pp. 287 et suivantes.

dit-il (1), « le maintien de la clause compromissoire, dans l'art. 12... Si en droit la controverse peut être sérieuse, en législation elle ne l'est pas. On ne conçoit pas un engagement illimité de déférer des contestations futures à des arbitres inconnus. Un tel engagement paraît tout à fait contraire à l'essence même du compromis. Le Code de commerce italien ayant supprimé l'arbitrage forcé, je ne comprends plus l'art. 12. Faire intervenir l'autorité judiciaire dans la nomination des arbitres, c'est enlever à cette institution son principal attribut : la confiance des plaideurs... Le rapport ne s'est pas donné la peine de justifier l'art. 12, il s'est borné à dire que les contrats passés quotidiennement par les administrations publiques contiennent la clause compromissoire et que partant elle doit être approuvée par la loi. Or, ce n'est pas là une raison. D'abord l'Etat en insérant cette clause dans ses contrats fait acte de défiance tout à fait inexplicable envers le tribunal que lui-même a institué. De plus, tout porte à croire que les concessionnaires ou adjudicataires sont encore une fois liés à leur insu par un pacte de ce genre. Dans leur empressement d'être préféré à leurs concurrents, n'est-il pas vrai qu'il souscrivent, les yeux fermés, à toutes les conditions accessoires qu'il plaît à l'administration de leur imposer ».

(1) ALLARD, *Critique du Code de procédure civile italien*, p. 10.

3° Législations n'accordant de sanction légale qu'à certaines clauses compromissoires, à celles répondant à des condition nettement fixées.

Nous avons vu que même parmi les lois qui admettent le plus largement la clause compromissoire, aucune n'admettait la convention d'arbitrage permanent conclue en termes généraux mais que toutes exigent que son objet soit bien déterminé, ce qui arrive le plus souvent par l'accession de la convention à un contrat principal, d'où lui vient d'ailleurs son nom de clause. D'autres vont plus loin encore dans leurs exigences et se rapprochant de la loi française, tout en donnant à la clause compromissoire une reconnaissance formelle et une sanction légale, sont plus restrictives.

Parmi celles-ci nous indiquerons la loi des cantons de Berne et des Grisons et la loi anglaise.

Les Codes de procédure des cantons de Berne et des Grisons exigent, pour ordonner l'exécution forcée d'une clause compromissoire, « qu'elle indique la manière dont les arbitres doivent être désignés » (art. 374 du Code Bernois), ou, « que le nombre et le mode de nomination des arbitres soient déterminés expressément ou tacitement, et s'ils doivent être désignés en commun que leurs noms soient indiqués ». (§ 462. Loi des Grisons).

Quant à la loi anglaise, il faut distinguer deux périodes de son histoire, avant et après l'arbitration act. de 1889. Il faut tenir compte avant tout des caractères distinctifs des institutions anglaises : la très grande réserve du législateur qui n'intervient qu'à l'extrême limite des libertés individuelles sous la seule pression d'une nécessité sociale évidente, les défauts multiples de la procédure et de la justice anglaise (1), dont l'organisation toute coutumière n'a pas été refondue pour répondre aux exigences modernes, d'autre part la liberté très étendue d'action chez les parties, d'appréciation chez le juge. Beaucoup de ces raisons auraient pu faire de l'arbitrage un des moyens les plus employés de trancher tous les conflits ; cependant il n'en est rien et la clause compromissoire n'a de valeur légale, d'autorité reconnue qu'autant qu'elle répond à certaines conditions.

(1) V. BUCHÈRE, « De la justice civile en Angleterre », *Revue historique de droit français et étranger*, t. IX, p. 315 : « En résumé, les institutions judiciaires anglaises ne nous paraissent point en harmonie avec les idées libérales de notre époque. La justice doit être égale pour tous les citoyens : pour arriver à ce résultat, elle doit être rapide, peu coûteuse, à la portée de tous les justiciables. L'organisation judiciaire anglaise avec sa haute magistrature, ses cours supérieures de loi commune et d'équité résidant à Londres, ses procédures lentes et coûteuses ne satisfait aucun de ces principes admis aujourd'hui comme une nécessité sociale... »

V. encore GLASSON, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. VI, p. 474.

D'abord avant l'arbitration act. de 1889, c'était une règle bien établie que la clause compromissoire, tendant à exclure la juridiction des tribunaux ordinaires, ne produisait d'une façon générale aucun effet et était annulable pour des raisons d'ordre public. Dans certains cas seulement, à la suite de la sentence rendue dans le procès *Scott c. Avery* en 1855 et qui fit jurisprudence, une clause d'arbitrage pouvait être valablement insérée dans un contrat. Si, au lieu d'exclure purement et simplement la juridiction des tribunaux, elle stipulait que celle des parties qui voudrait recourir contre l'autre à des poursuites judiciaires au sujet du dit contrat, devrait remplir une certaine condition avant d'intenter son action. C'était le cas dans l'affaire précitée : un armateur dont le bateau avait été perdu, intenta une action à la Newcastle Insurance Association sur une police d'assurances qu'il avait contractée à cette compagnie. Toutes les polices consenties par cette compagnie contenaient une clause d'après quoi aucune action ne pouvait être intentée en vertu de ces polices, avant la fixation préalable par un arbitre des dommages intérêts à réclamer devant les tribunaux. Le demandeur avait assigné directement ; la clause est opposée ; il objecte qu'elle est nulle comme tendant à éluder la compétence des tribunaux. Jugement contraire, attendu que la clause visée insérée dans une police d'assurances ne fait pas échec à la juridiction

des tribunaux ordinaires et établit simplement une condition nécessaire (« condition précédent ») à l'ouverture d'un procès. De nombreuses décisions conformes furent rendues ensuite et notamment dans l'affaire Babbragec-Coulbourn (1882) validant la clause d'un bail stipulant que les réparations dues par le locataire à la fin du bail devaient être fixées par un arbitre avant qu'aucune action pût être intentée sur ce point. La législation anglaise distinguait ainsi entre la clause compromissoire et la clause établissant une condition précédente et n'admettant que cette dernière. L'arbitrage ressemblait ainsi plutôt à une expertise.

Il semble que l'arbitration act de 1889 (art. 1 et 27), en supprimant cette distinction, ait donné au contraire à la clause compromissoire une valeur plus absolue et plus générale. Toutefois, il faut tenir compte de la façon dont la clause compromissoire reconnue valable reçoit son exécution. Si l'une des parties intente son action devant les tribunaux, avant d'en référer à l'arbitre, l'autre partie peut, après avoir constitué avoué, faire arrêter la procédure par un *order of Court* (1), pourvu qu'elle n'ait pas fait postérieurement à la constitution d'avoué des actes de procédure susceptibles de faire croire qu'elle a accepté

(1) Les parties ne peuvent plus se soustraire à la constitution de l'arbitrage, sans encourir les peines attachées à ce qu'on appelle un mépris de la Cour (*contempt of the court*). V. *Rex, Institutions judiciaires de l'Angleterre*, 1826, 2 vol.

le procès. Toutefois, le tribunal a le droit de refuser dans certains cas, le renvoi devant les arbitres pour des raisons exceptionnelles et par exemple en cas de fraude. Les tribunaux sont ainsi juges de la validité des clauses compromissoires et d'annuler celles qui ne répondraient pas à certaines conditions de bonne foi et d'équité dont ils restent appréciateurs souverains. La clause compromissoire est donc légalement admise et exécutoire mais sous le contrôle des tribunaux.

C'est une solution bien conforme au génie de la race anglo-saxonne, dont l'organisation administrative répond avant tout aux nécessités sociales, sans être commandée par des principes abstraits, dont l'application théorique conduit toujours à une uniformité antinaturelle. Elle implique aussi chez les juges de droit commun une haute valeur morale, une impartialité qui ne sont possibles qu'avec ce sentiment de dignité et d'honneur dont tous les magistrats anglais sont si fiers. Cette souveraine liberté dont ils jouissent dans leurs jugements les incite d'ailleurs à régler les litiges au mieux des intérêts de chacun, et quand les plaideurs se présentent devant eux, ils ne craignent pas de reconnaître les inconvénients de la justice qu'ils administrent et savent conseiller l'arbitrage, quand ils le jugent préférable à une procédure judiciaire (1). Cette manière de faire plus susceptible

(1) GLASSON, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. VI, p. 474. — LEHR, *Eléments de droit civil anglais*.

de s'adapter à la nature très diverse des litiges, peut seule donner à l'usage de l'arbitrage toute sa valeur sans aboutir à aucune exagération ni à aucun abus. Mais n'est-ce pas là un privilège précieux des seules institutions anglaises ?

A côté de ces dispositions générales sur l'emploi de l'arbitrage et de la clause compromissoire en matière de procédure civile, certaines lois spéciales et certains usages tendant à donner à l'arbitrage une extension particulière, doivent faire l'objet de notre étude.

Nous voulons parler de la loi prussienne des Bourses et du développement très répandu aujourd'hui dans les centres industriels et commerçants de ce qu'on appelle les Chambres syndicales d'arbitrage.

La loi allemande des Bourses du 22 juin 1896 établit au profit des Boursiers et toute personne inscrite au registre des Bourses, le droit de se soumettre d'avance pour leur procès à un arbitrage (1). C'est une véritable clause compromissoire admise et reconnue par la loi allemande au profit de toute une catégorie de personnes, probablement à raison de la nature très particulières des opérations qui se font à la Bourse.

L'extrême variété des rapports industriels et commerciaux et la nécessité de résoudre promptement

(1) *Annales de droit commercial*, 1897, p. 75.

toutes les difficultés qui peuvent naître de ces rapports tendent d'ailleurs universellement à substituer l'arbitrage aux juridictions plus générales. Il est aisé de se rendre compte que les parties ont tout intérêt à se faire juger par des personnes compétentes dans le laps de temps le plus restreint. A cet effet, dans la plupart des pays les plus civilisés, partout où des agglomérations industrielles ou commerçantes ont rendu visible l'importance de certains intérêts spéciaux, ces intérêts ont su se grouper et il s'est formé de vastes corps, qui, sous le nom de Chambres syndicales et d'arbitrage, ont eu d'abord en vue de concourir au développement des diverses professions dont ils sont issus, puis se sont trouvés tout naturellement désignés pour intervenir à titre d'arbitres dans les conflits entre leurs membres.

Les Chambres syndicales d'arbitrage ont un développement tout particulier en Allemagne, en Belgique et en Angleterre. Celles d'Anvers et de Londres se présentent particulièrement nombreuses et fortement organisées. La reconnaissance légale donnée dans ces pays à la clause compromissoire n'est pas faite d'ailleurs pour diminuer leur autorité ; et de là, par suite d'un usage répété (1), ces organisations se trouvent posséder en fait une compétence juridic-

(1) Il faut remarquer que la formule de la plupart des contrats commerciaux est dressée par les Chambres syndicales. L'insertion de la clause compromissoire est donc toute naturelle.

tionnelle fort étendue et incontestable. La Chambre des grains et farines d'Anvers en donne un exemple particulièrement frappant ; à côté d'elle il y en a une infinité d'autres très prospères à Anvers et à Londres également.

En France où la clause compromissoire n'est pas légalement admise, les Chambres syndicales en sont au contraire demeurées à leurs fonctions purement professionnelles. Elles n'en donnent pas moins aux plaideurs de leur profession une facilité de régler très sérieusement la constitution d'un tribunal arbitral en leur offrant une liste toute préparée des personnes qui sont le plus aptes à résoudre les différends qui les divisent. A Paris et dans les grandes villes, leur rôle est même beaucoup plus étendu. La spécialité de certains conflits, l'encombrement des affaires font que souvent les tribunaux de commerce de ces villes industrielles et commerçantes se déchargent sur eux de la solution de certains procès. Il est vrai qu'ils n'interviennent alors qu'à titre purement consultatif. La loi de 1884 qui leur donne cette faculté, ne leur confère pas à proprement parler la qualité d'experts ou d'arbitres. Leurs avis sont simplement destinés à éclairer les tribunaux sur les questions techniques sans frais pour les parties. Il n'y a rien là de comparable à la situation très nettement juridictionnelle des Chambres syndicales étrangères.

A proprement parler, en France il n'est pas fait

usage dans les contrats commerciaux de la clause compromissoire ou du moins toutes les fois que cette clause est insérée, il n'en est point tenu compte. Il est seulement d'un usage assez répandu chez les commerçants et industriels français, qui traitent à l'étranger, à Anvers et Londres surtout, de se soumettre pour tout conflit éventuel touchant leur contrat à l'arbitrage soit de tiers à désigner, soit d'une des Chambres syndicales étrangères dont il est parlé ci-dessus. Nous avons vu que cette renonciation tacite à la juridiction française et cette soustraction à la règle restrictive de l'art. 1006 C. P. C. étaient parfaitement valables et acceptées.

CONCLUSION

Nous constatons ainsi partout et dans tous les pays une recrudescence considérable de la faveur en laquelle on tient l'institution de l'arbitrage.

Dans tous les pays où la clause compromissoire est légalement reconnue, des syndicats professionnels extrêmement bien organisés tendent de plus en plus à accaparer la solution des conflits qui sont de leur compétence professionnelle.

Ailleurs en France et dans toutes les législations où la clause compromissoire n'a aucune valeur légale, de grandes controverses ont été soulevées pour tourner la loi ou au moins changer son interprétation ; de nombreux projets de lois ont été présentés pour écarter la restriction gênante que la dialectique des théoriciens ne pouvait supprimer.

Partout enfin l'institution des syndicats professionnels a donné à l'arbitrage un essor considérable.

Nous avons expliqué et nous connaissons les raisons de cette tendance nouvelle que nous avons

trouvées dans l'incompatibilité d'une organisation judiciaire trop ancienne avec, les énormes progrès accomplis dans les sciences, dans le commerce, l'industrie et toutes les branches de l'activité humaine, qui, en augmentant à l'infini les rapports sociaux et en les compliquant de plus en plus, ont rendu tout à la fois les conflits plus nombreux et leur solution plus difficile.

L'arbitrage convient, de plus, parfaitement au principe moderne de la liberté individuelle et harmoniserait l'organisation du droit privé à celle du droit public international.

Ce qu'on cherche aussi et avant tout, c'est une justice prompte, peu coûteuse, impartiale et très avertie. Quelle juridiction mieux que celle de l'arbitrage peut atteindre cette perfection par son adaptation à la nature des litiges ? Le raisonnement est fort juste, une fois prouvé que les parties qui concourent à la formation de l'arbitrage sont eux-mêmes des justiciables parfaits, que la claire intelligence qu'ils ont de leurs intérêts mutuels ne peut qu'aboutir à un accord judiciaire sur le choix de leurs juges et les règles de la procédure à suivre, qu'enfin il y a équilibre complet entre leur capacité et leur moralité réciproques ou qu'aucun d'eux ne pourra ni ne voudra profiter de ses avantages intellectuels ou matériels au détriment de l'autre.

Cette inexpérience d'une ou des deux parties co-

litigantes n'est malheureusement que trop fréquente. Elle est sans importance devant une juridiction constituée en dehors d'elles, par une puissance sociale soucieuse de la prospérité de l'Etat, de la moralité publique, et qui règle à leur place au mieux des intérêts généraux la composition et la procédure des tribunaux.

Peu importe aussi que, en présence d'un litige déterminé à résoudre, les parties s'entendent pour en donner la solution à des arbitres de leur choix. Le compromis est fait en connaissance de cause, il est le résultat d'un débat entre deux intérêts existants et précis, qui ont conscience de leur force et de leur valeur réciproque, et n'ont pas à craindre une prédominance injuste de l'un d'eux dans les débats.

Les conditions d'équilibre ne sont plus les mêmes dans une clause compromissoire. Introduite dans le contrat principal, elle a pu échapper à la connaissance d'une des parties ou lui avoir été imposée de force par son co-contractant tout puissant, dont elle a accepté toutes les conditions même les plus onéreuses pour avoir le bénéfice du contrat principal. Quand la clause compromissoire deviendra applicable, une des parties pourra devenir ainsi la victime des procédés arbitraires de l'autre ; le simple particulier en conflit avec une compagnie puissante, trouvera en face de lui une organisation arbitrale bien organisée et avertie quand ses propres arbitres ne seront pas eux-

mêmes circonvenus par l'autorité de son adversaire.

Nous avons dit enfin que la clause compromissoire ne peut entraîner qu'une exécution purement volontaire du compromis et qu'il est presque impossible d'obtenir du contractant récalcitrant une exécution raisonnable, en le condamnant à des dommages-intérêts trop difficiles à apprécier. La substitution du tribunal à l'initiative privée dans la confection du compromis en change d'autre part toute la portée et toute la valeur.

Il semble bien que le mouvement qui se manifeste actuellement en faveur du développement de l'arbitrage par l'extension de la clause compromissoire dans tous les contrats et l'accroissement considérable du nombre et de l'autorité des Chambres syndicales d'arbitrage ne soit qu'une transition lente mais sûre, en tous cas irréflectie vers la constitution d'autorités judiciaires nouvelles qui n'auraient plus à trouver que dans l'oubli de leurs origines et la sanction des lois, la consécration définitive de leurs attributions.

Déjà, en fait, dans certaines villes étrangères, quelques Chambres syndicales jouissent d'une autorité incontestée et très générale pour la solution de tous les conflits de leur compétence. N'est-ce pas, d'autre part, à l'établissement de ces autorités nouvelles que tend bien inconsciemment le législateur français quand il demande la reconnaissance légale de la clause compromissoire ? Nous lisons dans le projet de

Dreyfus de 1908 les considérations suivantes : « C'est un fait remarquable que la clause compromissoire reconnue pleinement valable par leurs lois respectives est d'un usage courant pour ne parler que de l'Europe chez les peuples les plus importants au point de vue commercial, financier et industriel comme l'Angleterre, l'Allemagne, l'Autriche, la Hollande, l'Italie l'Espagne, la Scandinavie. Dans quelques-uns de ces pays il s'est constitué sous le nom de Chambres syndicales ou arbitrales de véritables institutions qui sont appelées à résoudre rapidement et à peu de frais, suivant des règles et coutumes connues, les litiges obligatoirement évoqués devant elles. Ces Chambres arbitrales ne se contentent pas d'arbitrer, c'est-à-dire de juger, elles légifèrent encore ; elles élaborent par une collaboration commune de tous les intéressés des règlements généraux qui constituent une sorte de charte du commerce ; de là sont issus les contrats qui serviront de base aux affaires. Ces contrats prévoient et règlent d'avance la plupart des contestations éventuelles, qui, s'il est nécessaire, seront résolues par les arbitres. » *

« La fonction crée l'organe ; plus nombreuses seront chez nous les Chambres arbitrales, plus étendus leur pouvoir et leur autorité, le jour où, grâce à la clause compromissoire, elles seront appelées à régler d'une manière valable les transactions commerciales, à prévoir d'avance les difficultés qui

pourront naître et à régler par l'arbitrage les désaccords persistants des parties. »

On tend ainsi à diminuer la compétence des grands corps judiciaires actuels pour la répartir entre un certain nombre de groupes spécialisés pour chaque affaire, et dont l'autorité, d'abord facultative, pourra certainement d'un jour à l'autre devenir obligatoire, excluant ainsi toute idée d'arbitrage. On ne peut voir sans une certaine appréhension cette dispersion possible des juridictions. Sans doute chacune d'elles sera plus à même de juger équitablement dans son cercle restreint les procès sur des affaires dont la connaissance lui sera particulièrement facile. Dans les grands centres où la multitude des intérêts identiques, l'activité des affaires font une opinion publique puissante et sage, l'institution de pareils tribunaux ne saurait avoir que d'heureux effets. Mais ailleurs ou seulement par la simple transformation des arbitres facultatifs en juges obligatoires, ne viendra-t-on pas à poser des réglementations nouvelles qui, pour assurer le bon fonctionnement de la justice, en ralentiront le cours et supprimeront tous les bienfaits d'un arbitrage volontairement accepté et librement formé.

C'est plus, nous semble-t-il, dans l'amélioration des institutions judiciaires actuelles que dans la formation de juridictions nouvelles qu'il faut chercher le progrès. Déjà en France, à Paris et dans les grandes villes, les tribunaux de commerce remettent aux

syndicats spéciaux les affaires qui demandent des connaissances particulières et c'est en s'inspirant de leurs rapports, en exécutant souvent à la lettre leurs conseils que ces tribunaux rendent leurs décisions.

On ne saurait trop multiplier ces rouages commerciaux qu'on appelle des chambres syndicales, dont la composition et les travaux ne peuvent que faire prospérer le commerce et l'industrie d'un pays. Il est très sage et très équitable que de pareilles organisations s'interposent entre les plaideurs qui appartiennent à leur cadre, mais non à titre de juges mais à celui d'arbitres volontairement acceptés. La clause compromissoire une fois admise supprime justement cette distinction nécessaire et par elle tout arbitrage disparaît. Les arbitres sont avant tout les mandataires des parties et il n'y a d'arbitrage véritable et utile que celui qui a sa source dans la volonté commune des parties, dans la bonne foi réciproque, qu'elles apportent à la constitution du compromis. L'arbitrage est exclusif de toute idée d'obligation.

Ces quelques considérations ont en notre pays une importance particulière. Le Français n'a pas, comme l'Allemand ou l'Anglais, la discipline que ces derniers ont acquise au contact des associations multiples dont ils dépendent, le Français est naturellement individualiste et il entend sa liberté plus par les droits qu'elle lui confère que par les devoirs auxquels elle l'astreint ; enfin, il a perdu la plus belle partie de son

esprit d'initiative sous la pression d'un état dévorant, qui subvient à tout et ne lui laisse rien prévoir, rien organiser par lui-même. Ces dispositions de l'individu qui le conduisent à une intransigeance exagérée dans la discussion de ses intérêts, à une méfiance spontanée envers autrui, à une impartialité irréfléchie dans ses jugements, et à un défaut de volonté dans ses actes, rendent en France l'usage de l'arbitrage particulièrement délicat, en raréfiant ces sentiments de confiance mutuelle et de bonne foi réciproque, qui sont le fond de tout compromis. En de telles conditions n'est-ce pas rendre l'arbitrage plus difficile et plus dangereux en permettant aux parties de décider à la légère de l'obligation de compromettre. Les institutions varient forcément suivant les peuples; et il est toujours imprudent et en tous cas un peu illusoire de croire au succès d'une idée sociale parce qu'elle a triomphé ailleurs.

Vu, le Doyen.

P. CAUWÈS.

Vu : le Président,

E. THALLER.

Vu et permis d'imprimer

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE.	1
I ^{re} Partie. — La clause compromissoire dans l'Arbitrage international.	11
II ^e Partie. — La clause compromissoire en droit privé .	45
INTRODUCTION.	45
I ^{re} Section. — La clause compromissoire dans la législation française.	66
Chap. I. — L'arbitrage dans le droit révolutionnaire	66
Chap. II. — L'arbitrage dans nos Codes et la première interprétation de la jurisprudence. . .	86
Chap. III. — La jurisprudence actuelle	104
Chap. IV. — Principales applications de la jurisprudence.	138
Chap. V. — Projets et tendances nouvelles . . .	165
Chap. VI. — Législation et jurisprudence belges.	203
II ^e Section. — La clause compromissoire dans les législations étrangères	225
CONCLUSION.	243

